

YOUNG ARBITRATION

review



edición 1 | Año 2014



CONSEJO editorial

Ana Sáenz Gammans

Braulio Venegas Díjeres

Daniel Rodríguez Maffioli

Francisco Montes Fonseca

Ximena Araya Patiño

Willy Carvajal Carvajal

Diseño Gráfico
Lissa Barquero Araya

La Revista "Young Arbitration Review" es una publicación académica semestral a cargo de la Asociación Costarricense de Jóvenes Arbitradores, cuya misión es difundir el arbitraje nacional e internacional como método efectivo y alternativo de resolución de controversias.

Y | YOUNG
ARBITRATION
review

I Edición | Año 2014
Sitio web:
www.cyacr.com

ÍNDICE

- 6 Costa Rican Young Arbitrators
- 8 El vínculo entre la demanda reconvenional y el objeto de la diferencia en procesos arbitrales ¿presupuesto de admisibilidad o requisito jurisdiccional?
- 14 Reasonable respect to privileges: A proposed criterion regarding enforcement of awards and judgments against states
- 32 Redactando un acuerdo de arbitraje
- 46 10 Recomendaciones para la redacción de contratos comerciales internacionales
- 54 La condena en abstracto en el arbitraje
- 60 Arbitraje y empresa familiar
- 66 Arbitraje en derecho internacional de la actividad ultraterrestre
- 72 Arbitraje comercial en China
- 78 La exigencia de la buena fe comercial en los contratos internacionales
- 88 Aportes para el análisis del arbitraje comercial internacional como procesos en su faz externa

PRESENTACION

Por Willy Carvajal | Consejo Editorial

En Costa Rica, el arbitraje ha sido reconocido a nivel normativo desde vieja data, es más, se ha consagrado constitucionalmente, el derecho de todo ciudadano de resolver sus disputas a través de árbitros, no obstante, esto no se ha traducido necesariamente en una importante trayectoria jurídica o en un desarrollo doctrinario significativo. Cuando nos remitimos a otras formas tales como el arbitraje internacional o de inversión, las normas existentes son de creación relativamente reciente.

A pesar de lo anterior, en los últimos años se ha experimentado una revolución sobre la materia y hoy, la mayoría de convenios comerciales de importante cuantía o de especial confidencialidad, incluyen cláusulas arbitrales, lo mismo que los tratados bilaterales o multilaterales comerciales suscritos por el país. Se cuenta además, con varios centros especializados y con árbitros calificados para resolver disputas de diversa naturaleza.

Es evidente en este sentido, el esfuerzo que han venido realizando los últimos gobiernos para el fortalecimiento de la cultura sobre el arbitraje; labor que ha sido complementada por la Corte Suprema de Justicia, las universidades y diferentes actores de la sociedad civil, algunos de los cuales participan como autores en esta primera edición.

En este contexto, deviene en imperativo continuar realizando aportes que permitan contribuir con el estudio y la discusión de las nuevas formas y problemáticas del arbitraje, de ahí que el principal objetivo de esta revista, es servir como plataforma para el intercambio de ideas tanto por parte de litigantes, árbitros, doctrinarios y estudiantes.

Esta primera edición cuenta con artículos cuyos autores provienen de diversas jurisdicciones y abarcan aspectos de la más variada naturaleza, desde el arbitraje de inversión hasta el internacional, pasando por un análisis sobre consideraciones filosóficas de esta herramienta.

En primer lugar, la reconocida abogada litigante Margarita R. Sanchez analiza en su artículo “El vínculo entre la demanda reconvenicional y el objeto de la diferencia en procesos arbitrales: ¿presupuesto de admisibilidad o requisito jurisdiccional?” la posibilidad de los estados de figurar como reconventores en un procedimiento instaurado ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), concluyendo su viabilidad y la necesidad de realizar una distinción entre jurisdicción y admisibilidad, siendo que el vínculo directo entre la demanda de reconvenición y el objeto de la diferencia, debe analizarse en el contexto de la admisibilidad de la demanda, y no en el de jurisdicción.

Continuando con el estudio sobre el arbitraje de inversión, el abogado litigante peruano Rodolfo Miranda presenta “Reasonable Respect to Privileges: A Proposed Criterion Regarding Enforcement of Awards and Judgments Against States”. En su tesis, el autor destaca una serie de privilegios con los que cuentan los estados para no hacer efectiva la ejecución de un laudo en su contra, analizando dos casos ocurridos en el Perú. Como solución, propone introducir el concepto de reasonable respect, según el cual, después de transcurrido un tiempo prudencial, los jueces deben adoptar medidas tendientes a obligar al estado a dar fiel cumplimiento de sus obligaciones, esto como parte de los compromisos del Derecho Internacional.

El doctrinario argentino Roque Caivano desarrolla “Redactando un Acuerdo de Arbitraje” en donde analiza una serie de aspectos que deben ser tomados en cuenta por las partes al momento de redactar la cláusula compromisoria, fundamentalmente, bajo qué condiciones y reglas desean resolver sus diferendos. En muchos casos recalca, estas cuestiones son todavía más importantes que la decisión misma de someterse o no a un arbitraje.

En una línea similar, el abogado litigante mexicano Luis Alberto King nos presenta “10 Recomendaciones para la Redacción de Contratos Comerciales Internacionales”, y que como su nombre sugiere, realiza una serie de consideraciones sobre la forma e idioma del texto, la representación y el uso de poderes otorgados en el extranjero, sobre el contenido del contrato y finalmente sobre la resolución de controversias.

El también abogado litigante costarricense Mauricio Paris Cruz realiza un aporte denominado “La condena en abstracto en el arbitraje” en donde sugiere que los laudos deben contemplar la condenatoria concreta de los daños y perjuicios concedidos, evitándose acudir a la vía judicial para su determinación. Así mismo, recalca la necesidad de que los árbitros rechacen pretensiones de las partes que soliciten una condenatoria en abstracto.

Del árbitro y jurista mexicano Francisco González de Cossío publicamos “Arbitraje y Empresa Familiar” en donde resalta las ventajas de acudir a métodos alternos de resolución de conflictos cuando se traten de empresas familiares. De igual modo, plantea una singular problematización la cual consiste en la posibilidad de introducir en los contratos, el mecanismo de adaptación por parte de un tercero como una forma de superación al principio pacta sunt servanda.

Bajo el título “Arbitraje en Derecho Internacional de la actividad ultraterrestre” el profesor de la Universidad Autónoma de México (UNAM), Julio Carbajal, elabora su teoría sobre la posibilidad de utilizar el arbitraje para resolver conflictos que surjan entre estados o entre particulares y estados, generadas por actividades ultraterrestres; así como la necesidad de fortalecer el sistema legal, nacional e internacional, sobre esta materia.

“Arbitraje Comercial en la República Popular China” es la contribución del licenciado costarricense Willy Carvajal en donde realiza un análisis de los principios informadores del arbitraje tanto doméstico como internacional en China, así como la situación actual de los centros administradores más importantes en dicha nación y las reglas procesales que los rigen.

Una aproximación filosófica y teórica al principio de buena fe comercial constituye el objeto del artículo “La exigencia de la buena fe comercial en los contratos internacionales” preparado por el estudiante costarricense Carlos Peña, quien realiza una extracción de la aplicabilidad de este principio en el arbitraje a sazón de un análisis de diversos precedentes.

Finalmente, el estudiante argentino Juan Almejún nos presenta “Aportes para el Análisis del Arbitraje Comercial Internacional como Proceso en su Faz Externa e Interna”. En su artículo, el señor Almejún analiza diversos aspectos filosóficos del arbitraje, tales como el rol del arbitraje en el mercado global, los elementos meta-normativos del procedimiento arbitral y la realidad argentina sobre la materia.

COSTA RICAN young arbitrators

Por Humberto Pacheco | M.C.L

Mr. Pacheco is Senior Partner at the law firm PACHECO COTO, a Costa Rican firm with offices in Switzerland, New Zealand, Spain and Central America. He was Chairman of the Dispute Settlement Committee at the 6th Business Forum of the Americas, held in Buenos Aires, Argentina in 2001 under the auspices of the Free Trade Agreement of the Americas. Pacheco is a recipient of a Chambers and Partners of London Lifetime Achievement Award.

It is often said that today's youth is not interested in anything else but music and trivia. After many satisfactory experiences I beg to disagree.

In 2011 a group of young professionals and law students launched the Costa Rican Young Arbitrators Association- CYA, an organization for the study and discussion of commercial national and international trade and investment. As of today, it has 20 dynamic members.

The group is looking to establish itself as a well-known arbitration entity, a promoter of arbitration as an alternate resolution of conflicts and a center of information for all interested parties, at national and international level, on the benefits to be attained using this means to expedite the application of justice in times of limping courts. It is also involved in the continuing education of its members in subjects of its interest.

CYA has set its objectives on three significant projects: Arbitration Day, the creation of the journal Young Arbitration Review and the holding of Academic Sessions at national and international level.

The first is an all day conference related to arbitration. It brings together national and international lecturers and is provided to its members and all interested parties free of charge. The 2013 Edition was sponsored by the International Center for Dispute Resolution and by two prominent Costa Rican law firms. It was declared of Public Interest by the President of Costa Rica, Laura Chinchilla, and more than 400 persons attended its program.

The intention of the second objective is to create the journal that today sees its first issue. Said review is open as much for professionals as for law students. Its aim is to promote the participation of young professionals and students in matters of arbitration. It aims to encourage students and young professionals to write from the inception of their careers. This is relevant in that most law journals will only accept writs from lawyers, especially those who are already distinguished in their careers.

The review will be distributed in all of Central America through the various similar movements in Guatemala, Honduras, Panamá and Nicaragua. It is expected that El Salvador will also join these groups in the near future.

In the field of Academic Sessions the CYA is conscious of the need to be well versed in the field of arbitration before it can attempt to promote its meetings. With this in mind, as of 2014 there will be periodic meetings with experts who will lecture the group on significant aspects of arbitration and of general law, as arbitration is only a means to support for the various branches of legal activity in the administration of justice.

We can attest to the quality of the participants and their enthusiasm and interest after holding an enrichment session with them. It is expected that many experts in the various related matters will be working with this group in similar sessions, to contribute to their learning curb.

This is clearly a sign that youth is much more interested in the problems of modern society, and eager and willing to invest its dynamics in the betterment of this world, than it is being credited for.

Klosters, Switzerland

EL VINCULO ENTRE LA DEMANDA RECONVENCIONAL Y EL OBJETO DE LA DIFERENCIA EN PROCESOS ARBITRALES

¿presupuesto de admisibilidad o requisito jurisdiccional?

Por Margarita R. Sánchez¹

I. INTRODUCCIÓN

En sus 49 años de constituido, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) sólo ha administrado cerca de diez demandas reconvenionales de estados soberanos bajo los auspicios de acuerdos internacionales de inversión. Un número considerablemente bajo teniendo en cuenta el número de casos registrados por el Centro desde su constitución: 459 a diciembre 31 de 2013². Hasta ahora, ninguna de las demandas reconvenionales ha sido exitosa. Aquellas que han logrado superar la etapa de jurisdicción, han caído luego sobre los méritos. Partiendo de jurisprudencia reciente del CIADI, este artículo se enfoca concretamente en la revisión del vínculo existente entre las demandas reconvenionales contempladas por el artículo 46 del Convenio CIADI y su relación con la diferencia a ser dirimida, como presupuesto de admisibilidad de las demandas reconvenionales.

II. SOBRE LA JURISDICCIÓN DEL CIADI PARA ATENDER DEMANDAS RECONVENCIONALES

Teóricamente, la posibilidad de que los estados puedan actuar ofensivamente ante el CIADI pareciera no estar en discusión. El arbitraje CIADI no es un procedimiento exclusivamente diseñado para que inversionistas extranjeros demanden a estados soberanos bajo los auspicios de acuerdos internacionales de inversión o contratos. En efecto, el artículo 1º del Convenio CIADI establece que el objeto del Centro es “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes”³. En ninguna parte del Convenio, se restringe la libertad de los estados a demandar o

contrademandar a nacionales de otros estados. De hecho, el arbitraje internacional bajo el CIADI fue concebido como un mecanismo de doble calzada, que permite tanto las demandas inversionista-estado como las demandas estado-inversionista⁴, de tal manera que se logre mantener un “cuidadoso equilibrio” en la relación entre el estado receptor y el inversionista. En la práctica, sin embargo, la realidad demuestra que los estados poco han actuado como sujetos activos ante el CIADI. Si bien no existe consenso sobre las razones que expliquen del todo tal inacción, mucho se ha teorizado sobre los posibles obstáculos que pudieran enfrentar los estados para presentarse como demandantes o contrademandantes ante el CIADI⁵, incluyendo, entre otros temas, las limitaciones y el alcance del consentimiento de las partes, especialmente al tratarse de demandas reconvenionales sustentadas en acuerdos internacionales de inversión y no en contratos, así como motivos relacionados con la creciente inconformidad general producto de las demoras y costos de los arbitrajes internacionales.

En tratándose de las demandas de reconversión bajo los auspicios de un acuerdo internacional de inversión, la jurisprudencia arbitral internacional, por ejemplo, ha debatido, sobre si los términos de los acuerdos internacionales de inversión abarcan o no el consentimiento a las demandas de reconversión. En *Roussalis c. Romania*, el estado demandado alegó, para soportar su reconversión, que su consentimiento a arbitrar—según expresado en el tratado bilateral de inversión (TBI) - incluía su consentimiento a contrademandar⁶. La mayoría del tribunal, con fundamento en los artículos relevantes del Convenio, del tratado bilateral, y de la Convención de Viena, rechazó este argumento y señaló que el tratado bilateral sólo imponía obligaciones en cabeza de los estados; “[p]or lo cual, si el TBI especifica que la ley aplicable es el propio TBI, las demandas reconvenionales quedan fuera de la jurisdicción del tribunal”⁷. Uno de los árbitros, el profesor Michael Reisman, salvó su voto, y en una enérgica opinión disidente, señaló que el consentimiento requerido por el artículo 46 del Convenio CIADI para las demandas reconvenionales llega importado *ipso facto* a cualquier arbitraje bajo el CIADI⁸. Si bien, la opinión del profesor Reisman ha sido objeto de fuertes críticas, lo cierto es que abre la puerta a una interpretación más amplia del artículo 46, sobre la base de unas consideraciones razonables en aras de un mayor aprovechamiento de las demandas reconvenionales. De hecho, los estados, se han mostrado cada vez más resueltos a presentar demandas reconvenionales.

III. CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD Y JURISDICCIÓN DE LAS DEMANDAS RECONVENCIONALES ANTE EL CIADI

En general, bajo el sistema CIADI, una demanda reconvenional sólo lograría ser exitosa si se cumplen las siguientes condiciones: (i) que exista una relación directa entre la reconversión y diferencia; y (ii) que la reconversión caiga dentro de la jurisdicción del Centro, incluyendo por supuesto, el perfeccionamiento del consentimiento⁹.

A. La relación directa entre la demanda reconvenional y la diferencia del artículo 46

Para que una demanda reconvenional sea admisible ante el CIADI, los contrademandantes deben demostrar que existe un nexo causal directo entre la demanda de reconversión y el objeto de la diferencia¹⁰. En este sentido, el artículo 46 del Convenio señala específicamente:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconventionales que se **relacionen directamente con la diferencia**, siempre que estén dentro de los límites del **consentimiento** de las partes y caigan además **dentro de la jurisdicción** del Centro¹¹.

En concordancia con lo anterior, la regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece:

(1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá presentar una demanda incidental o adicional o una reconvencción que se **relacione directamente con la diferencia**, siempre que esté dentro de los límites del **consentimiento** de las partes y caigan además **dentro de la jurisdicción del Centro**.

(2) Toda demanda incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica, y toda reconvencción a más tardar en el memorial de contestación, a menos que el Tribunal, previa la justificación de la parte que presente la demanda subordinada y luego de considerar cualquiera excepción de la otra parte, autorice su presentación en una etapa posterior del procedimiento.

(3) El Tribunal fijará un plazo dentro del cual la parte contra la cual se presente una demanda subordinada podrá hacer presente sus observaciones sobre la misma.

Ahora bien, a la luz de los artículos citados ¿debe entenderse dicho vínculo directo entre la demanda de reconvencción y el objeto de la diferencia como un presupuesto de admisibilidad, o como un requisito para determinar la jurisdicción del Centro? Admisibilidad y jurisdicción son conceptos distintos, y su diferenciación no puede ser ignorada a la luz del derecho internacional. A pesar de ello, una lectura general de la literatura sobre el tratamiento y correlación entre los términos admisibilidad y jurisdicción no pareciera del todo consistente¹². Sin embargo, en materia de demandas reconventionales ante el CIADI, la distinción apunta a estar meridianamente clara, al menos en lo que respecta al segundo requisito del artículo 46 del Convenio, a saber: “..que se **relacione directamente con la diferencia**..”, también conocido como requisito de conectividad (*connectedness*¹³).

Una lectura detallada de recientes decisiones relativas a demandas reconventionales ante el CIADI así lo confirma. En *Goetz c. Burundí*, por ejemplo, el tribunal analizó el impacto del requisito de conectividad del artículo 46 del Convenio CIADI en el análisis de admisibilidad de la demanda reconvenccional, distinguiéndolo de los presupuesto de jurisdicción establecidos en el artículo 25 del Convenio. Específicamente, el tribunal señaló que “[e]l artículo 25 exige una relación directa con una inversión, el artículo 46 una conexión directa con el objeto de la diferencia¹⁴”. La conclusión alcanzada por el tribunal en *Goetz c. Burundí*, al parecer fue abiertamente influenciada por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), y el Tribunal de Reclamación Estados Unidos-Irán¹⁵, lo cual, al final del día, pudiera general mayor confusión¹⁶.

Más recientemente, al analizar la demanda reconvenccional del estado demandado, el tribunal arbitral en *Metal-Tech Ltd. c. Uzbequistán* señaló que el requisito de conectividad era entendido como presupuesto de admisibilidad y no como requisito jurisdiccional¹⁷. El tribunal analizó ambos conceptos de manera separada y concluyó: (i) que los presupuestos jurisdiccionales del

artículo 25, incluyendo el requisito de consentimiento, no se cumplían; y (ii) como consecuencia de lo anterior, debía abstenerse de revisar si la demanda de reconvencción cumplía o no con los requisitos de admisibilidad del artículo 46 del Convenio¹⁸.

B. Los límites del consentimiento de las partes y la jurisdicción del Centro

El consentimiento de las partes, piedra angular del arbitraje, es un requisito esencial para demandar y presentar demandas reconventionales ante el CIADI. En materia de arbitraje inversionista-estado ante el Centro, el consentimiento tiene sus propias particularidades, incluyendo: (i) limitaciones sobre la nacionalidad; (ii) naturaleza de la inversión; y (iii) la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica. Específicamente, el artículo 25 del Convenio establece:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado¹⁹.

Al igual que las demandas de arbitraje ante el CIADI, las demandas reconventionales deben satisfacer los requisitos del citado artículo 25, incluyendo el hecho de que diferencias deban estar directamente relacionadas a la inversión. Ahora, si bien los términos “diferencias que surjan directamente de una inversión” (art. 25 del Convenio) y “relacionados directamente con la diferencia” (art. 46 del Convenio) parecieran confundirse, se trata de conceptos diferentes y como tal deben ser agotados en su respectiva oportunidad. El requisito del artículo 46, ha sido entendido como un requisito adicional al presupuestado por el artículo 25²⁰. Es un peldaño adicional que el contrademandante debe superar, luego de que vencido el test jurisdiccional, incluido el consentimiento.

El caso *Metal-Tech c. Uzbequistán*, fallado recientemente, ilustra puntualmente la correlación sistemática entre ambos presupuestos. En este caso, la República de Uzbequistán, como demandado, presentó una demanda reconvenccional para obtener resarcimiento de daños y perjuicios como consecuencia de la supuesta conducta fraudulenta de la demandante. Metal-Tech, por su parte contestó que tales alegaciones eran vagas y especulativas, y que el estado no tenía legitimidad para iniciar la causa.

En su decisión, el Tribunal determinó que la evidencia apuntaba a que la relación de las partes había estado marcada por actos de corrupción, y en consecuencia, decidió desestimar tanto las pretensiones de la demanda, como las de la demanda reconvenccional. En particular, el tribunal destacó que Metal-Tech había hecho pagos por más de US\$4 millones a oficiales del gobierno de Uzbequistán en conexión con el establecimiento de la inversión²¹, y que ello afectaba directamente el consentimiento de las partes de cara al análisis sobre la jurisdicción del tribunal²². En este caso, el alcance del consentimiento estaba dado por el acuerdo bilateral de inversión suscrito entre las repúblicas de Uzbequistán e Israel, según el cual, ambos estados consentían en dirimir ante el CIADI las diferencias de naturaleza jurídica que surgiesen entre

inversionistas y el estado receptor de la inversión con relación a la inversión²³.

Según el tribunal, “la ‘inversión’ de la Demandante no cumplía con el requisito de legalidad [del TBI] y por lo tanto no constituía una ‘inversión’ en los términos del TBI²⁴”. Luego de alcanzada esta determinación, el tribunal concluyó que el requisito del artículo 46 relativo a la jurisdicción y el consentimiento, simplemente no se cumplía, por lo que decidió declinar su jurisdicción para atender los reclamos de la demandante. En este mismo orden de ideas, el tribunal determinó que al no tener jurisdicción sobre la demanda, tampoco podía tener jurisdicción sobre la demanda de reconvencción, por estar basada en la misma “inversión²⁵”.

Como consecuencia de declinar su jurisdicción sobre la demanda de reconvencción, el tribunal *Metal-Tech* determinó que no era necesario analizar la admisibilidad de la misma traducida en el requisito de conectividad de la demanda con el objeto de la diferencia al tenor del artículo 46 del Convenio CIADI. Dejando al lado la importancia de este caso para la cada vez más relevante discusión sobre el impacto de la corrupción en el arbitraje internacional, la decisión *Metal Tech* confirma que las demandas reconconvencionales deben primero superar el examen jurisdiccional bajo los auspicios de la cláusula compromisoria en que se funda la demanda principal.

IV. CONCLUSIÓN

Las demandas reconconvencionales instauradas ante el CIADI no parecieran hasta ahora haber alcanzado los mejores resultados. Aquellas que han superado el test de jurisdicción, han fenecido luego sobre los méritos. Ciertamente, la ausencia de resultados satisfactorios en este sentido han acentuado las críticas al sistema, especialmente por parte de los estados, quienes por lo general son los que actúan como demandados, y como tales -por definición- son los sujetos activos de las demandas de reconvencción. Pese a los resultados, los esfuerzos no han sido fútiles. El número de demandas reconconvencionales ante el CIADI ha aumentado y la jurisprudencia sobre demandas reconconvencionales se ha desarrollado significativamente, logrando el asentamiento de incuestionables principios. Hoy no se discute, por ejemplo, la capacidad para presentar demandas reconconvencionales bajo los auspicios de un acuerdo internacional de inversión. Tampoco se discute que para ser exitosas, las demandas reconconvencionales deben primero asegurarse que el tribunal tiene jurisdicción para atenderlas.

En este sentido, la jurisprudencia sobre demandas reconconvencionales ante el CIADI enseña que jurisdicción y admisibilidad son dos conceptos distintos que merecen un análisis por separado, y que el vínculo directo entre la demanda de reconvencción y el objeto de la diferencia, debe analizarse en el contexto de la admisibilidad de la demanda, y no en el de jurisdicción. La premisa contraria, pareciera además carecer de sentido lógico. Si un tribunal CIADI decidiera, por ejemplo, declararse con jurisdicción para atender una demanda reconconvencional, luego de haberse comprobado el consentimiento de ambas partes, ¿podría luego declinar su jurisdicción por no surtir el vínculo entre la demanda reconconvencional y el objeto de la diferencia? Futuros tribunales seguramente seguirán pronunciándose sobre este tema. En el ínterin, sin embargo, la respuesta, parece obvia.

¹ Margarita R. Sánchez es una abogada de derecho internacional, cuya práctica se enfoca en la resolución internacional de disputas, estatutos anti-corrupción y asuntos jurídicos latinoamericanos. Tiene experiencia significativa en casos de arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) representando tanto a estados soberanos como a entes corporativos privados. Actualmente se desempeña como asociada sénior en la firma internacional de abogados Arnold & Porter, LLP, en la ciudad de Washington D.C.

² Carga de casos del CIADI, Estadísticas, Edición 2014-1, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English51>

³ Convenio CIADI, artículo 46.

⁴ Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, pág. 13.

⁵ Véase, por ejemplo, Pierre Lalive & Laura Halonen, “On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, 2 Czech Y.B. Int’l L. (2011).

⁶ Spyridos Roussalis c. Romania, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo 7 de diciembre de 2011, pág. 866.

⁷ Spyridos Roussalis c. Romania, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo 7 de diciembre de 2011, pág. 871, traducción libre.

⁸ Spyridos Roussalis c. Romania, Caso CIADI No. ARB/06/1, Opinión Professor Michael Reisman, 28 de noviembre de 2011.

⁹ Convenio CIADI, artículo 46.

¹⁰ Convenio CIADI, artículo 46.

¹¹ Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, pág. 13.

¹² Jan Paulsson, “Jurisdiction and Admissibility”, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, november 2005, pág. 605.

¹³ Convenio CIADI, artículo 46 (1); véase también Pierre Lalive & Laura Halonen, “On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, 2 Czech Y.B. Int’l L. (2011) pág. 7.10.; *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, pág. 407.

¹⁴ Antoine Goetz & Consorts y otros c. República de Burundi, Caso CIADI No. ARB/01/2, 21 de junio de 2012, pág. 283.

¹⁵ Antoine Goetz & Consorts y otros c. República de Burundi, Caso CIADI No. ARB/01/2, 21 de junio de 2012, págs. 284-285.

¹⁶ En este sentido, el profesor Jan Paulsson ha señalado que la remisión a las decisiones de jueces permanente de tribunales internacionales es peligrosa. La CIJ, por ejemplo, es “una corte de primera y única instancia”, y como tal, “sus pronunciamientos sobre jurisdicción y admisibilidad son, por lo general, puras abstracciones” (citando la obra de Shabtai Rossonne, en *The Law and Practice of the International Court of Justice 1920-1996*, Jan Paulsson, “Jurisdiction and Admissibility”, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, november 2005, pág. 603).

¹⁷ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, pág. 407.

¹⁸ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, pág. 413.

¹⁹ Convenio CIADI, artículo 25(1).

²⁰ Véase, por ejemplo, Pierre Lalive & Laura Halonen, “On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration”, 2 Czech Y.B. Int’l L. (2011), pág. 7.10, citando a Christopher Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention, A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Cambridge: Cambridge University Press, 732-3, 751 (2nd ed. 2009).

²¹ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, pág. 372

²² Para efectos prácticos, en los casos inversionista-estado basados en un acuerdo internacional de inversión, generalmente el consentimiento del inversionista se perfecciona al entablar la demanda de arbitraje y el del estado, al ratificar el acuerdo internacional de inversión.

²³ Tratado bilateral de inversión suscrito entre la República de Uzbekistán e Israel., art. 8(1).

²⁴ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, pág. 411

²⁵ *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 4 de octubre de 2013, pág. 411-413.

REASONABLE RESPECT TO PRIVILEGES: a proposed criterion regarding enforcement of awards and judgments against states.

Por Rodolfo Guillermo Miranda Miranda ¹

I. ABSTRACT

The Spanish definition of the concept ‘*due process of law*’ is ‘*debido proceso*’ or ‘*tutela jurisdiccional efectiva*’ which literally means ‘*effective jurisdictional protection*’. We should emphasize ‘*effective*’ because ultimately remedies are created to recognize and make people respect others’ rights even when they are unwilling to. The capacity of enforcement is one of the main criteria to measure the adequacy, fairness and efficiency of a system of law. Generally, parties –including states– voluntarily comply with awards and judiciary judgments. Unfortunately, however, it is not infrequent that parties do not comply with them, so the prevailing party may ideally have means available to enforce the award or judgment, through seizure of goods or incomes if it is necessary, in order to obtain *effective jurisdictional protection*.

Enforcement has its limits when the defendant is a private party (especially related to fundamental rights² of the party against whom the enforcement is sought) as well as when the defendant is a sovereign (privileges or immunities). Specifically, the purpose of this work is to address some important aspects of enforcement of arbitration awards against sovereign states. In Part II, the paper reviews the main justification for both the right of private parties to obtain enforcement measures against states and the existence of states’ privileges in this regard. Part III addresses the *status quo* in Peru from a national perspective (applicable Administrative Law and important judicial Peruvian cases) and from an international perspective (especially, referring to the well known case *Figueiredo Ferraz e Engenharia Ltda. v. Republic of Peru 09-3925-cv(L),10-1612-*

cv (CON) – hereinafter *Figueiredo*. In this case, a Brazilian company tried without success to confirm for further enforcement an award against Peru in New York. Following the regulations and cases, brief comments are provided therein, especially about how the Peruvian Congress may change the law applicable to enforcement against the Republic of Peru.

Part IV proposes a criterion that is considered useful and fair: *reasonable respect*. As a general matter, judges (both foreign and national), in principle, should respect national Administrative Law or International Law regarding state’s privileges to execution (the domestic law of the state subject to enforcement). However, these regulations should not be respected if they are abusive against the enforcer (certainly, for going against the private interests referred to in Part II, in this case they should be deemed as unconstitutional). Consequently, judges should grant severe measures when states do not pay their debts after a reasonable amount of time. Indeed, if judges took a more fair and strict position in enforcing judgments and awards, it is predictable that states would tend to comply voluntarily in the future to avoid uncomfortable judicial measures. As a consequence of the issues raised in Part IV, in Part V, this paper refers briefly to certain state goods or incomes or exceptions and the possibility of being seized by courts in order to enforce arbitration awards. Also, it refers to exceptions to general Administrative Law principles and provisions when states do not comply with their obligations originated in awards or judgments. Part VI introduces certain ex-ante measures that governments and investors could negotiate in order to mitigate the sovereign risk of lack of payment. Finally, Part VII sums up the conclusions of this paper.

II. RIGHTS AND PRINCIPLES IN CONFLICT

Almost every legal dispute refers to two or more important values in contraposition that should be balanced: i.e., access to information v. privacy or national security, freedom of speech v. honor, fairness v. efficiency, private property v. public necessity, etc. Enforcement against states is not an exception. Thus, there are private interests that sustain the right to enforce against sovereigns and, on the other side of the equation, public interests which justify the state’s privileges in this regard. Both sides have important values and interests to weigh and balance.

In favor of private parties (the enforcers), they have the right of due process of law, which, as mentioned, includes the right of effectiveness of the decisions³. In other words, we should not think that due process of law has been respected if the decision is a pyrrhic victory and is not complied with. Another right involved is equality before law. In this regard, if private parties can be forced to comply when they lose, the state should be forced too. Finally, property rights are at stake. A credit is an asset that is capable of being sold, enjoyed, and transferred as any tangible asset (i.e. a house). Thus, the absence of being paid entails deprivation of property against the enforcer.

In favor of states (the enforced) and their privileges, we should think about Administrative and Constitutional Law principles and protection to states such as budget legality, budget planning, continuity of public services, and public domain assets. In fact, states need to preview their necessities and how to cover them in a very well planned fashion. States manage public services and utilities (security, judiciary, secretaries, customs, health, energy) which cannot be disrupted without severe consequences to the population. Therefore, this is a valid ground to deny private parties the right to obtain seizures against rivers, airports, hospitals or public buildings. For the same token, the necessity of planning and covering basic necessities justifies *reasonable* deference to states in paying their debts, like for instance the Peruvian regulations providing a certain prolonged amount of time for the Republic to pay its debts as well as annual budget limits to pay debts recognized by courts and/or arbitration awards. In fact, these two interests are contemplated in Section 1602 of the United States Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) which establishes that courts “would protect the rights of both foreign states and litigants”.

¹ Attorney at Law admitted in Peru. LL.M. candidate at New York University School of Law. rgm316@nyu.edu

² *In Peru, according to our Code of Civil Procedure, there is a minimum income of a natural person that cannot be object to seizure. The purpose of this proviso is to assure a person a minimum amount of money to live adequately even though she is heavily indebted.*

³ “The principle of effectiveness of arbitral awards arises from the legitimate expectations of the parties that have agreed to resolve certain of their disputes through arbitration. When an arbitration agreement is entered into by a State and a private party, the agreement to submit to arbitration would not have much value in the State could, at its own discretion, decide whether or not an award rendered against it could be enforced by exercising its immunity.” Emmanuel Gaillard Emmanuel Gaillard, *Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunities from Execution and Autonomy of State Entities. Three Incompatible Principles*. In: *State Entities in International Arbitration*. Editors: Emmanuel Gaillard and Jennifer Younan. IAI Series on International Arbitration No. 4. Juris Publishing, Inc. Paris 2005 p. 181

III. CURRENT REGULATIONS AND IMPORTANT CASES: REFERENCE AND OPINION

This part contains the following sub-topics: public and private domain goods (3.1), Peruvian budget regulations (3.2), Peruvian cases (3.3) and, finally, an international case involving Peru: *Figueiredo* (3.4). Each part describes the regulations or cases and then some brief comments are provided.

3.1. The traditional division between states assets: public and private domain.

Following foreign Administrative Law principles (especially, Spanish) Peruvian law divides state assets in public (*bienes de dominio público*) and private domain goods (*bienes de dominio privado*). According to the Peruvian Constitution, public domain goods are not subject to lien, seizure, may not be transferred to private parties and may not be acquired by prescription⁴. The distinction is based on the finality of the goods. Public domain goods have special functions regarding public interest which makes them eligible for special protection. Examples of public domain goods are highways, power plants, airports, and buildings of public entities, among others. Private domain goods are subject to seizure as is any private right. For the purposes of this work, the distinction is relevant because, according to Peruvian law, the enforcer could obtain a seizure only of private domain goods.

3.2. Peruvian Administrative Law.

(i) Description of the regulations. According to article 70 of the Peruvian Budget System Law (Law 28411

modified by Law 29626, hereinafter PBSL), Public entities should use between 3 and 5% of their annual budget (excluding donations and other state incomes) to pay beneficiaries of judiciary judgments (including supra national judgments). The payment is done with the budget of the entity, not with other entities' budgets. In simple and in principle, if one is a beneficiary of an award against the Production Ministry, he cannot seize the Economy Ministry's budget to be paid. Each entity should make a monthly deposit of the required money in a special bank account for this purpose. In case the total amount to be paid to all the creditors with judgments (or awards) in their favor exceeds the abovementioned percentages, the percentages should be respected and payments would be proportional, according to the order of notification. Debts recognized by judgments should be paid within a term of 5 years.

Additionally, the PBSL is not the only law regulating enforcement against the Peruvian State; the topic is also covered by article 47 of the Peruvian Administrative Litigation Law (Law 27584, hereinafter PALL). This article has regulations similar to the PBSL, but first we have to distinguish between their scopes. If we are in an administrative litigation (*proceso contencioso administrativo*), due to *lex specialis*, we shall apply the PALL. If we are in another process (including arbitrations) the law relevant to enforcement against the Peruvian State is the PBSL and the annual budget laws (which do not state anything important regarding enforcement). As it is in the PBSL, the PALL states that each entity is responsible for paying judgments with authority of *res iudicata* with their own budgets and according to the limits established in the annual budget laws. If this is not enough to comply with the obligation, entities can do budget modifications, communicating

⁴ A modification to the Article 648 of Peruvian Civil Procedure Code stated that, among others, state-owned goods cannot be subject to seizure. However, after a constitutional validity complaint, our Constitutional Tribunal declared that article unconstitutional and repealed it. The Constitutional Tribunal said that Article 73 of Peruvian Constitution says that only public domain goods (in Spanish, bienes de dominio público) where not subject to attachments. Thus, state-owned goods that are not qualified as public domain ones, are subject to seizure, like any other private-owned goods. See <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2000/oficios/o0422000.htm> In this letter, the Peruvian Tax Authority informs a health authority with collecting taxes powers that it can enforce debts via seizures against public entities, in to the extent that the goods subject to seizure are not qualified as of public domain.

The article 73° of the Peruvian Constitution is the following:

Artículo 73°. Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

Translated to English:

Article 73°. The public domain assets are not subject to transfer and cannot be acquired by prescription. The public use assets may be granted to private parties by concession for their economic exploitation, according to law.

Editors: Emmanuel Gaillard and Jennifer Younan. IAI Series on International Arbitration No. 4. Juris Publishing, Inc. Paris 2005 p. 181

this fact to the judiciary, respecting the cap of 3% of the ordinary resources of the annual budget. If 6 months elapse and the public entity does not start the procedure of payment (please note carefully, this is not the payment, this is only the procedure of payment), the private party can initiate a process of enforcement of the judicial resolutions, according to Peruvian Code of Civil Procedure (hereinafter PCCP).

(ii) Unanswered questions. The PBSL leaves some questions unanswered. Are arbitral awards also covered? This question is raised because the PBSL only refers to judiciary judgments. What happens if 5 years have elapsed and the debt is not already paid? Applying essential mathematics, in order to pay a debt (principal plus interest) in 5 years, the Government of Peru should pay 20% of the debt each year. What occurs if in order to pay 20% each year (suppose a big amount is awarded against the State) it is necessary to pay above the said limit of 5%? What is the Peruvian State's responsibility if the debt is not considered to be in the budget of the respective entity? These questions are the basis for the following comments and suggestions.

(iii) Suggestions about Peruvian Administrative Law regarding enforcement against the Republic of Peru: regulation and application.

a) Regarding its scope of application, though arbitration awards are not mentioned, it is reasonable to sustain that they are in the scope of the law. It would be absurd and unfair against judiciary judgments to argue that judiciary judgments should respect budget limitations and arbitration awards not so. In this regard, I propose a current corrective interpretation and, in the future, to amend the law to incorporate arbitration awards expressly.

It is not coherent to have 2 articles regarding the same topic: article 70 of the PBSL and article 47 of the PALL. Article 47 should be repealed and there should be one single law to regulate Peruvian privileges regarding enforcement. ⁵

⁵ For instance, there are some contradictions between them. The PBSL refers to a minimum limit between 3 and 5%. On the other hand, the PALL refers to a maximum limit of 3% of the annual budget to attend judiciary obligations. The PALL refers to execution of private domain assets, but the PBSL omits this issue. However, it does not mean that awards and judgments under the PBSL cannot seize private domain assets. . Editors: Emmanuel Gaillard and Jennifer Younan. IAI Series on International Arbitration No. 4. Juris Publishing, Inc. Paris 2005 p. 181

c) Increase the minimum and maximum percentage of the annual budget caps.

d) Unfortunately, due to the lack of management capacities, at the end of the year Peruvian entities use to spend less than their annual budget. In this regard, a possible solution is that part of the money they do not spend at the end of the year should be used to satisfy awards and judgments, even though they exceed the percentages established above.

e) Apply interests at adequate rates (the legal rate of interest in Peru is very low, thus, do not foster prompt payment).

f) Judges should be more prone to order seizures against the Republic if a seizure is legally possible and if the entity has not demonstrated intention of payment or has not initiated the procedure of payment.

3.3. Important Peruvian National Cases.

This part refers to some important Peruvian cases regarding enforcement against the Government of Peru.

a) Case N° 006-96-I/TC: By Law 26599, Congress modified the Article 648 of the Peruvian Civil Procedure Code stating that Peruvian State assets (both public and private domain assets) are not subject to seizure. The Constitutional Tribunal repealed this modification, stating that it is unconstitutional, because only the public domain goods are not subject to seizure. Rather, private domain goods are. Also, the Constitutional Tribunal stated that excepting private domain goods from seizures would create juridical insecurity because a litigant can win the litigation against the state but not collect the money owed. This is an issue that affects the principle of equality before law and the due process of law. The Constitutional Tribunal's decision is reasonable.

b) Case N° 015-2001-AI/TC: Plaintiffs in this case sought the repeal of certain provisions of the PALL regarding enforcement against the Peruvian Government. In a well sustained decision, the Peruvian Constitutional

Tribunal held that the fundamental right for enforcement is part of the due process of law, but when a state is the defendant, this right must be balanced with budget legality and continuance of public services. Referring to the law that stated that only those goods mentioned by law are subject to seizure, the Constitutional Tribunal repealed the word “only” and reaffirmed that the state can define its public and private domain assets but only the former are protected against seizures. Regarding the entities budget, the Constitutional Tribunal held that payments should be done with the budget of the defendant’s entity, but rejected the word “only”, given the possibility that in some cases the plaintiff can rely on special budgets which are, for instance, created to pay judiciary decisions or arbitral awards. Regarding a provision that said that the state’s bank accounts are not subject to seizure, the Constitutional Tribunal reduced its scope and said that only the bank accounts related to public services are not subject to seizure. Regarding the possibility of delaying the enforcement for 5 years and the cap of 3% of the annual budget to attend payments of judicial judgments (and awards), the Constitutional Tribunal decided that both provisions conformed to the Peruvian Constitution. As a general matter, this decision is reasonable and fair.

c) Case N° 01873-2011-PA/T:

(i) Facts. A Pension Association obtained a judgment in their favor to be paid by the *Gobierno Regional de Lambayeque* (a Peruvian sub national entity). For enforcing the judgment, the Pension Association obtained a seizure order against Lambayeque’s bank account. Lambayeque sued in an *Amparo*⁶ process against the judges who ordered the seizure for defective reasoning of the judgments because, when ruling in favor of the Pension Association, the court did not enquire or distinguish if the accounts were a good of public or private domain. As a result, the Constitutional Tribunal ordered the court to provide reasons for its decision and, consequently, to issue a new seizure order.

(ii) Commentary. The Constitutional Tribunal decision is not adequate. Though the judge did not clarify in his seizure order if the funds in Lambayeque’s bank account were of public or private domain, it is in the record that previously the judge requested in writing to Lambayeque to submit this information and Lambayeque did not answer this request. Thus, the judge fulfilled its role and the Constitutional Tribunal is delaying enforcement and prizing Lambayeque by his own default in answering the judicial request. It is absurd to extend the enforcement proceeding against an entity because it did not indicate if their bank account was a public domain asset or a private domain asset. In delaying enforcement, the Constitutional Tribunal is rewarding the entity for its own default. Part V sustains that judges should shift the burden of proof of the quality of the state’s asset subject to possible seizure from the creditor-plaintiff to the entity-defendant. The judge did just that but, unfortunately, the Constitutional Tribunal reversed this decision.

3.4. Figueiredo Ferraz e Engenharia Ltda. v. Republic of Peru.

(i) Facts and decisions about Figueiredo. Figueiredo is a Brazilian engineering company, which entered into an Engineering Agreement with a Peruvian Governmental Agency in the late nineties. Due to a fee controversy, Parties initiated an international arbitration procedure in Lima, which resulted in a US\$ 21,607,003 award to Figueiredo. Afterwards, the Government sought the annulment of the award, which was denied by the Peruvian Judiciary Branch. The Peruvian

⁶ The Amparo is a brief judiciary action to defend constitutional rights.

Government has only paid US\$ 1,414,884 out of the total amount, that is, 6.5%. For this reason, Figueiredo sought the award’s confirmation in the United States, where Peru was issuing sovereign bonds. The New York District Court upheld Figueiredo’s request but the New York Court of Appeals reversed this decision stating that United States Courts were a non convenient forum. The main issues of both decisions are:

655 F. Supp. 2d 361 (2009) US District Court, S.D. New York. This decision –correctly, from the author’s point of view - denied Peru’s motion to dismiss due to *forum non conveniens* (hereinafter FNC) and international comity. Peru raised the argument that New York courts were FNC, among other reasons, because Parties agreed to submit their controversies to Lima’s Courts and because New York Courts would need to deal with complex issues of Peruvian Law (most notably Peruvian statutes regarding privileges in enforcement). Regarding these grounds, Peru raised the following arguments: that the authority which hired Figueiredo, a Program of the Ministry of Housing, is an independent authority, so the Government (represented by the Ministry of Economy and Finance) is not subject to comply with the award.

The District Court denied the FNC motion, but did not reach the merits. The main arguments used by the Court were:

- Regarding the separateness of the entity, the Court held that the Program accomplished quintessential government functions, rather than commercial, so it cannot be separated from the Peruvian Government. The logical consequence of this statement is that Peru’s government (usually represented by the Ministry of Economy and Finance) could be subject to enforcement by debts recognized in arbitration awards against Peruvian governmental agencies. In this sense, the Court followed the *Noga*⁷ test.

- Regarding the FNC motion, the Court held that it has jurisdiction according to the Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA), which allows private parties to enforce arbitration awards against sovereign states if international treaties (such as the New York and

Panama Conventions) are applicable.⁸ The Court added that Figueiredo, did not seek enforcement in US Courts for tactical reasons (forum shopping), on the contrary, it chose US Courts because the Peruvian State has assets in the U.S., especially in New York, a place where the Republic of Peru also has sufficient contacts because it issued bonds in the stock exchange market several times.

- Regarding the choice of forum, the Court said that the Parties’ contractual commitment to submit controversies to Peruvian Courts does not mean that the arbitration award cannot be enforced in foreign courts. In any case, the Court added, if Peru did not want to be subject to actions in which enforcement is sought in foreign courts, it could have obtained an express waiver from Figueiredo in the engineering contract.

09-3925-cv(L),10-1612-cv (CON). United States Court of Appeals Second District. This decision reversed the District Court’s decision and dismissed Figueiredo’s request, with certain conditions, upholding Peru’s FNC motion to dismiss. This Court based its decision on the following considerations:

- The Court should analyze private and public factors in deciding a FNC motion to dismiss.

- One important public factor is international comity. In this case, according to the court, international comity obliges the court to respect the Peruvian cap statute, which involves “a public interest in assuring respect for a sovereign nation’s attempt to limit the rate at which its funds are spent to satisfy judgments”. The contract was executed and performed in Peru by a corporation with domicile in Peru.

- Regarding international obligation of states to enforce arbitration awards (based in the Panama and New York Conventions) and the sovereign privileges in enforcement, the Court said that “although enforcement of such awards is normally a favored policy of the United States and is specifically contemplated by the Panama Convention, that general policy must give way to the significant public factor of Peru’s cap statute. Moreover, Article 4 of the New York Convention explicitly provides

⁷ *Compagnie Noga D Importation et D Exporation S.A. v. Russian Federation* 361 F.3d 676,677 (2d Circ. 2004).

⁸ See Section 1605.a.6.(B) of the FSIA that establishes that foreign sovereigns are not immune to jurisdiction if international treaties obliges the United States to recognize and enforce international awards. Nonetheless, this provision is not repeated in Section 1610 that deals with exceptions to immunity of execution

that execution of international arbitration awards ‘may be ordered in accordance with the procedural laws of the country where is to be executed’ And FNC is a doctrine ‘of procedure’”, concluded the court.

- Finally, the Court held that when Figueiredo contracted with the Peruvian Government it assumed the risk that “collection of an award [be] subject to the cap statute”.

(ii) Comments about *Figueiredo*. *Figueiredo* is a case in which different and important issues regarding enforcement against states are addressed in the two decisions. The comments respecting both decisions are:

a) Distinction between primary jurisdiction and secondary jurisdictions.

Peru’s argument confuses – or pretends to confuse – an important distinction that is the cornerstone of the New York Convention: the distinction between primary and secondary jurisdictions⁹. The former can annul the award and enforce it¹⁰ according to its domestic law. The latter can only recognize or enforce (or refuse to do both of them only on the grounds provided by the New York Convention) the award but has no jurisdiction to annul an award¹¹. Secondary jurisdictions are any courts which can recognize and enforce the award in a country signatory of the Convention. Primary jurisdiction is only the court of the seat (Lima, in this case). Thus, by agreeing which is the primary jurisdiction, courts only define the court of the seat, but it does not affect the competence of secondary jurisdictions all over the world to recognize and enforce (or refuse to do so) arbitral awards. In *Figueiredo*, the primary jurisdiction is Lima and the secondary is New York, as it could have been any other country signatory of the New York Convention chosen by *Figueiredo* to enforce the award. In short, Peru’s argument is that because Parties choose Lima as primary jurisdiction, other secondary jurisdictions are precluded. This argument is not pursuant the

Convention, so the Court was correct rejecting it.

b) Absence of consideration to possible abuse of Peru.

The award, rendered on 2005, condemned a Peruvian Program to pay US\$ 21 607 003. Only approximately 6% of this amount was paid. Neither decision addresses the issue whether Figueiredo sought a judicial enforcement action in Peru or not. However, this fact is important. Assuming that Figueiredo tried to collect the due amount in Peru and it failed, Peru’s Government lack of payment is wrong. In this regard, article 70.5 of GPBL provides that judgments (and awards) should be paid within 5 years and the Government is breaching its own laws regarding its privileges. This factor should have been weighed in Figueiredo’s favor. Part IV proposes the reasonable respect of courts to sovereign privileges and it is clear that the New York Court of Appeals was not reasonable, rather, conceded even more privileges to Peru than the required by Peruvian law.

c) Law of the state subject to the enforcement request.

Both decisions, including the dissent opinion in the Court of Appeal’s decision, upheld the Restatement on Conflict of Laws which says that enforcement against a sovereign state outside its territory (for instance, enforcement against Peruvian Government assets in the US by US Courts) should be governed by the *lex fori*, which is the law of the place of enforcement and not the law of the enforced country¹². In this regard, as it is explained more in Part IV, enforcement courts should apply the law of the respondent sovereign state, if it is reasonable. Additionally, we should consider that government’s privileges (its extent, limitations and assets that can or cannot be attached) are part of the law that governs the legal relationship of the parties (law governing the contract). In fact, as the assets are the general guarantee for any obligation, it

is incoherent to separate, on one hand, the law governing the substantive issues of the relationship (that in *Figueiredo* is Peruvian law) and, on the other hand, the law governing enforcement. Forum law should be applied for the procedural aspects of enforcement, because courts apply their own procedural law. However, we should distinguish between procedural aspects of enforcement and substantive provisions of enforcement. The first is referred to the procedures, motions, terms applied by the parties and the courts, the latter refers to the extent, time limits, and restrictions to enforcement. In fact, although that government’s assets elsewhere in the world serve to respond for its obligations, the private party (creditor) knew in advance, before contracting with the state, the national regulations and limitations to enforcement. Thus, the requirement of predictability is met. Additionally, failing to apply government’s law will foster inequality and forum shopping. Inequality, because only deep pocket state creditors which can afford enforcing its government outside their home country will collect their debts back, in prejudice of small creditors which cannot afford a process abroad. Forum shopping, because state’s creditors will seek to collect their debts in a friendly foreign forum, instead of using the national courts¹³.

d) Forum non conveniens and its detriment against the New York Convention.

Even though this paper advocates that enforcement courts (secondary jurisdictions) should apply the enforced country regulations, it is regrettable that for this reason, foreign courts are inconvenient to know enforcement cases against sovereign states. The article 44.1 of the Federal Rules of Civil Procedure grants US Federal Courts the tools to address with foreign law. This is why the New York Court of Appeals decision is not adequate. In fact, this Court should have applied

Peruvian law, instead of escaping from the merits of the dispute by granting the FNC motion. I agree with the dissent opinion which stated that *forum non conveniens* is a doctrine used for trials on the merits rather than in enforcement proceedings.

Moreover, stating that a foreign court is a forum **non** convenient to apply the law of the country of enforcement is, in practice, an abandonment of the obligation to enforce international awards, according to the New York Convention. In fact, though foreign courts should apply enforced-country regulations, enforcement courts should not abdicate their obligation to enforce awards.

e) Confusion between recognition and enforcement¹⁴.

Another reason to criticize the final decision in *Figueiredo* is the application of enforcement defense grounds related to immunities or privileges (a step after) to a recognition request (a set before), which was *Figueiredo*’s request. In this regard, there are two important French Courts decisions. The Paris Court of Appeals stated that “the order granting recognition and enforcement of an arbitral award does not constitute a measure of execution but is only a decision preceding possible measures of execution” and the French *Cour de Cassation* stated that “a foreign State which has consented to arbitration has thereby agreed that the award may be granted recognition, which, as such, does not constitute a measure of execution that might raise issues pertaining to the immunity from execution of the state concerned”¹⁵.

IV.THE REASONABLE RESPECT: A PROPOSED METHODOLOGY

This paper proposes that domestic and foreign tribunals should apply the reasonable respect when solving

⁹ See Constantine Parastides and Nigel Blackaby. Redfern and Hunter on International Arbitration. Oxford University Press 2009 p. 165. These authors, among other possible applicable laws, distinguish between (a) *lex arbitri*, that is the law governing the proceedings which is applied by the primary jurisdiction and (b) law governing recognition and enforcement. “(which may, in practice, prove to be not one law, but two or more, if recognition and enforcement is sought in more than one country in which the losing party has, or is thought to have, assets)”.

¹⁰ See Article 34 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

¹¹ See New York Convention Article V. Recognition and enforcement of the award may be refused (...)

¹² Despite the disagreement with the proposition, it is important to mention that David Rivkin and Christopher Tahbaz consider that “then it must be said that the Convention [they are referring to the New York Convention] is silent on the substantive law governing execution – which leads to the conclusion that the Convention permits signatory nations to apply their substantive law to execution proceedings”. David Rivkin and Christopher Tahbaz, Attachment and Execution on Commercial Assets. In Enforcement of arbitral awards against sovereigns. R. Doak Bishop, Editor p. 139

¹³ The position sustained in this paper regarding the obligation of foreign or international courts or tribunals to apply the domestic laws of the enforced country is also supported by:

a) The language of article 55 of the ICSID Convention, which establishes: Article 55 Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution. (emphasis added)

b) Also, Christopher Dugan and James E. Berger say “any prudent commercial actor entering into an agreement with a foreign state or one of its agencies or instrumentalities should, to the extent possible, identify the state and foreign law issues that may impact its ability to collect any judgment following a dispute”

c) These authors also cited a case where United States Courts applied United States law and Indonesian law (the defendant was a government-owned company from Indonesia). *Karaha Bodas v. Pertamina*, No. 21-MC-98 (TPG), 2006 WL 3615063, at *3-4 (S.D.N.Y) Dec 8, 2006). They stated that “Because Pertamina is a state-owned oil company and, hence, a creature of Indonesian law, the court found, as a choice of law matter, that the question of whether Pertamina could assign or transfer the funds required an analysis of both Indonesian property law and the laws specifically governing Indonesia’s rights to gas revenues.” (emphasis added)

In this regard, see Christopher Dugan and James E. Berger, “Enforcement against Assets of State-owned companies” In: Enforcement of arbitral awards against sovereigns. Editor: Doak Bishop. 185, 209

¹⁴ See Constantine Parastides and Nigel Blackaby *ibid* p. 627-628 “(...) An award may be recognized without being enforced. However, if it is enforced then it is necessarily recognized by the court which orders its enforcement. The precise distinction, in other words, is between ‘recognition’ and ‘recognition and enforcement’.

claims regarding enforcement against states. It implies first the commitment of courts to respect and apply regulations regarding states' privileges when they are subject to enforcement. As mentioned above, this pattern of conduct should be applied both for national (i.e. Peruvian courts enforcing an award against Peru) and foreign courts (i.e. US Courts enforcing an award against Peru).

Nonetheless, obedience to law and regulations has limits. An essential requirement of validity of a law or regulation is its conformity to superior norms, namely, international treaties and national constitutions. Laws regulate and limit the application of fundamental rights i.e. due process of law, equality and property, precisely, the rights involved in enforcement against states. However, under common and civil law principles, judges have certain criteria to examine the validity of the limitations imposed on rights that are protected by national constitutions or international treaties, especially investment treaties and, more important, human rights treaties. Put in another way, there could be *reasonable* regulations protecting states against enforcement (i.e. establishing reasonable caps or delaying payments for *some reasonable amount of time*), but there could be other regulations which prevent prevailing parties of arbitrations or judiciary procedures from collecting money or seizing assets against states. In these cases it is possible to deem such regulations as unconstitutional or against international treaties (especially, those related to human rights and investment protection).

To sum up, this paper suggests that when judges face cases regarding enforcement against states, they could follow these steps:

1. Analyze the applicable regulations relating to state privileges (both national and international). In this regard, they should analyze (i) any international law, including customary international law, which is well reflected in the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property

of 2004 (hereinafter UN Convention, which is not in force yet for lack of enough countries signatories) and the New York Convention, (ii) *lex fori*, that is the law of the forum where the enforcement request is submitted¹⁶ and (iii) the law of the government against whom the enforcement request is sought. For instance, a US Court hearing an action against Peru should analyze the UN Convention, customary international law, the Rules of Civil Procedure, any state (of the United States) law applicable and Peruvian law.

2. Determine if the government against whom the enforcement request is sought is complying or not with those regulations (i.e. Many times, governments breach their own regulations, that is, de facto exercise more privileges even than the privileges already determined by law. Indeed, this is the case of Peru in detriment of Figueiredo because Peru did not comply in paying the debt even after the time limit of 5 years).

3. Determine if the regulations regarding the state's privileges are according to the fundamental rights pursuant to the applicable national constitution and human rights treaties (due process of law-effectiveness of judgments and awards, property, equality in the law). In other words, analyze if they are valid de jure. This will depend on the extent of the privileges. Some possible questions that an enforcement court may want to make in this regard are: Do the applicable regulations provide a reasonable amount of time for the payment? Do the applicable regulations grant too much discretion to the government subject to enforcement? Do the applicable regulations have a reasonable cap or do they provide legal consequences or sanctions for public officers or the entities for not paying government debts¹⁷?

4. If after the determination, judges consider that (i) the regulations are according to the Constitution and applicable international treaties (a legal question) and (ii) the state is complying with them (i.e. paying according to the time limits stated in the regulation, incorporating the debt in the annual budget) (a factual

(i).- Recognition Recognition on its own is a generally defensive process. It will usually arise when a court is asked to grant a remedy in respect of a dispute that has been the subject of previous arbitral proceedings. The party in whose favor the award was made will object that the dispute has already been determined. To prove this, he will seek to produce the award to the court and ask the court to recognize it as valid and binding upon the parties in respect of the issues with which it dealt. (...)

(ii).- Enforcement.- By contrast, where a court is asked to enforce an award, it is asked not merely to recognize the legal force and effect of the award, but also to ensure that it is carried out, by using such legal sanctions as are available. Enforcement goes a step further than recognition. A court that is prepared to grant enforcement of an award will do so because it recognizes the award as validly made and binding upon the parties to it and, therefore, suitable for enforcement. In this context, the terms recognition and enforcement do run together. One is necessary part of the other.

¹⁵ Cases cited by Rivkin and Tahbaz p. 157

question), then judges should respect and apply the regulations regarding the privileges. Put differently, courts could deny execution of assets in this case.

5. On the contrary, if after analyzing the facts and regulations, judges consider that either (i) regulations are not reasonable, that is, state's privileges are considerably excessive (i.e. a country which allows its state to pay debts arose from awards in 20 years, without the possibility of seizure against public goods or, more frequently, a country that establishes that debts owed by public entities originated in awards or judgments should be incorporated to the budget but without setting any proviso if this is not complied) or (ii) the state is not complying with its own regulations (i.e. as occurred in *Figueiredo*, in which Peru should have paid the debt in 5 years, and after more than 7 years it has only paid 6,5%), then judges should be entitled to grant certain measures beyond the applicable provisions protecting the state. This is why, beside the word "respect", this paper advocates the use of the word "reasonable".

V. POSSIBLE MEASURES AGAINST STATES

As mentioned above, the general rule in national law and judicial decisions in several countries is that, in principle, each entity responds with its own budget to debts. This rule is adequate because it allows governments a more defined and clear financial planning. However, creditors that are not paid timely and by the debtor entity sometimes should need to assess other possibilities to recover their debts. In terms of Part IV above, this Part V deals with possible measures that a creditor can request when the government subject to enforcement is abusing of its privileges *de jure* or *de facto*. Thus, the

purpose of this Part V is to analyze which alternatives are valid and which are not. For didactical purposes, this part is divided in 3 sub topics: a) Measures that, in general, should not be accepted by courts, b) Measures that could be accepted by courts, depending on the circumstances of the case, and c) Measures that, in general, should be accepted by courts. Enforcement against states is fact intensive and general rules could have exceptions.

a) Measures that, in general, should not be accepted by courts

As mentioned before, courts –foreign and domestic– should respect international law and domestic law of the government subject to an enforcement action. Thus, in principle, courts cannot seize assets or incomes that are forbidden by law. Absent special circumstances like fraud, courts should not seize assets that are necessary for the continuance of the government and public services and assets that are of public use. In Peru, the so called *bienes de dominio público*. Among others, these are: hospitals, hydro power plants, airports, public buildings (i.e. the White House), medicines, military goods¹⁸, diplomatic goods (protected by article 21.1.e of the UN Convention and Vienna Convention on Diplomatic Relations)¹⁹, central banks assets (protected by article 21.1.c of the UN Convention and the FSIA)²⁰, and taxes²¹.

Yet, there are some exceptional cases in which even though referring to the aforementioned assets, courts have granted measures attaching them. For instance, a US Federal Court in *Birch Shipping Corp v. Embassy of the United Republic of Tanzania*²² seized the embassy's funds because not all of them were used for diplomatic purposes, but parts of them were used for commercial purposes, saying that "a reading of the Act which

¹⁶ In fact, the Article III of the New York Convention remits to the rules of procedure of the country whose courts are enforcing the award. Said Article III establishes that:

Each Contracting State shall recognize the arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is rely upon, under the conditions laid down in the following articles. (...)

¹⁷ An example of an unreasonable protective measure is the Argentinean Complementary Law on Budget which provides that all the public funds and securities are not subject to attachment, that the government will pay if the debt is incorporated in the budget. If it is not, then the next year should be incorporated in the budget. According to the position sustained in this paper, a judge could possibly avoid deference to this law because it does not show an adequate balance of interests between Argentina and the private party seeking for enforcement. In fact, it does not provide any assets that could be subject to attachment, neither provides a sanction for not paying nor a time-limit for payment. See Javier Robalino, *Enforcement of foreign awards against Sovereigns in South America – the cases of Argentina and Ecuador*. In: *Enforcement of arbitral awards against sovereigns* p. 434

¹⁸ In *TMR Energy Limited v. State Property Fund of Ukraine*, a Federal Canadian Court allowed TMR to attach a military airplane that was used by its owner, the Government of Ukraine, to transport Italian military equipment to Canada, because, even when the object was a military airplane, it was being used in a commercial contract. Case cited by Rivkin and Tahbaz p. 153

¹⁹ However, in *Sedelmayer v. Russian Federation*, the Court of Appeals of Cologne, granted a seizure against Russian Embassy's bank accounts but refused to attach a debt owed by Lufthansa, a German airline, to Russia for traffic control, because traffic control is a sovereign activity. *Ibid* at 150

²⁰ *Liberian Timber Corp v. Government of Liberia*, 659 F. Supp. 606 (D.D.C 1987), in which the Court reject LECTO's claim to freeze Liberian Central Bank Accounts in US. Additionally, *EM Ltd. V. Republic of Argentina* (2d Cir. Jan 5, 2007). In both cases courts rejected to seize central bank's funds.

exempted mixed accounts would create a loophole, for any property could be made immune by using it, at one time or another, for some minor public purpose.”

b) Measures that could be accepted by courts, depending on the circumstances of the case

As the title suggests, this part is referred to measures that, in principle, may not be accepted by courts, due to the court’s intent to respect the legality and separateness principles. However, as it is explained in Part IV, the state abuse *de jure* or *de facto* may allow applying exceptions to these protective principles.

(b.1) Making the central government responsible for entities debts (going up).

In general, the only one who should respond for a debt is the debtor, the one who acquired the debt. This rule applies for natural persons, corporations and also states. Regarding the latter, in general, each entity with its own independent budget should respond for its debts. Article 70.3 of the PBSL states that “70.3. Payments of judiciary judgments, including supra national judgments, should be attended by *each entity*, with *its respective* bank account (...)” (emphasis added). However, there are exceptions to this rule and frequently governments are held responsible to pay debts of their entities, when certain requirements are met. For instance, this scenario is very clear when the Government guaranteed an obligation of its entity. But this is not the only case.

In this particular case, I am referring to the central government (essentially and usually represented by its Ministry of Economy, Treasury or alike) is enforced by debts recognized in awards rendered against a public instrumentality, i.e. claims against the Republic of Peru in general for debts from the Ministry of Agriculture or a Program that is part of the Executive Branch. This aspect is very relevant because, (i) in the majority of countries, the Ministry of Economy tend to control the budget of certain entities, especially those that form part of the Executive Branch, (ii) it is reasonable to believe that governments have more assets (deeper pockets) than their instrumentalities. Also, (iii) even though States are organized in different public entities, States (at least

internally within the branches (executive, legislative and judiciary) and levels (national, state or provinces, and finally, districts or counties) are deemed as one sole juridical person (principle of unity) even though it is divided in separate entities for budget and administrative purposes. Finally, (iv) there are several times that states use –or abuse- of its Administrative Law Regulations (budget caps, separations) to avoid or delay paying its debts.

Among others, the reasons mentioned above may justify to break the principle that the only responsible to pay the debt is the entity that acquired it. There are US judicial decisions that sustain this criterion. For instance, the New York District Court in *Figueiredo* held that the Program (part of the Ministry of Housing and Sanitation) which hired Figueiredo cannot be deemed as separated of the Peruvian Government, because it performed government functions. As a result, Peruvian Government (represented by the Ministry of Economy and Finance) could be subject to enforcement. The same criterion of government functions (after using the so called “core function test”) was first used in *Noga*, in an enforcement action against the Russian Government, in which the Russian Government was held liable to pay an enforcement action for an award against a Russian agency. As we can see, the juridical way of organization of the government structure and the functions performed by the agency which acquired the debt are the relevant criteria to analyze in this regard.

(b.2) Making public agencies or government owned corporations liable for government debts (going down).

In general, “going up” is more acceptable for courts than “going down”. Indeed, courts tend to reject enforcement actions against government owned companies or central banks for debts acquired by entities of the national government or by the national government itself. In *First National City Bank v. Banco para el Comercio Exterior de Cuba*, 462 U.S. 611, 629 (1983) (*hereinafter Bancec*)²³, the Supreme Court stated that as a general rule, “government instrumentalities established as juridical entities distinct and independent from their sovereign should normally be treated as such”; however, in certain circumstances like this case, the theory of alter ego can

²¹ “LNC Investments, Inc. v. Republic of Nicaragua, No. 96-CV-6360, 2000 wl 745550, at *5, in which the Court rejected the petition to attach tax debts owed by American Airlines and Continental Airlines to the Republic of Nicaragua.

²² Case cited by Rivkin and Tahbaz at 153

²³ In a nutshell, in *Bancec* there were two relevant relations and legal claims. On one hand, the claim from *Bancec* against the First National City Bank (today Citibank) for execution and payment of a letter of credit. In this case, the bank was a debtor. On the other hand, Cuba expropriated the National City Bank’s assets there, so this bank has an expropriation claim against the Government, not against *Bancec*. In this case, the First National City Bank was a creditor. Finally, even though the Government of Cuba and *Bancec* where separate entities, applying equitable principles, the United States Supreme Court allowed the First National City Bank to set off one debt with the other.

be used making the instrumentality liable for debts of the sovereign if “(1) the entity is so extensively controlled by the parent government that the relationship principal and agent is created, or (2) recognizing the distinction between the alter ego and its parent government would lead to fraud or injustice²⁴”.

Emmanuel Gaillard deals with 3 conflicting principles: effectiveness of the awards, state immunity from execution and autonomy of state entities and finally Professor Gaillard concludes that sometimes they are incompatible, so it is necessary to sacrifice one in order to preserve the other two. Gaillard sustains that “As a result, the State is effectively in a position where it has the power to enforce; at its own discretion, only those awards it chooses to enforce.” Regarding the powers of the states to organize themselves and the difficulties in enforcement against states, Gaillard says that “States are free to constitute as many legal entities as they see fit to handle the management of their commercial activities. Most commercial activities are, in practice, run through entities whose legal nature varies but which, according to the laws that govern them, have their own financial assets and autonomy in their management. (...) Experience shows that effectiveness of arbitral awards, State immunity from execution and autonomy of the State legal entities are not susceptible to be reconciled. The question, therefore, is which of these three principles should be sacrificed, wholly or in part, in order to satisfy the other two. (...) More concretely, if we are not ready to allow the beneficiary of an enforceable award against a State to seize an embassy or the funds intended to remunerate diplomats, shouldn’t we allow such a beneficiary to enforce its rights against the assets of the airline company or the national bank when such entities are entirely controlled by the debtor-State?²⁵”

(b.3) Stocks or incomes related to government-owned companies.

The reviewed case law does not show cases about seizure stocks of the government in government-owned companies. In this regard, it is important to mention

that is different to (a), on one hand, execute assets of government-owned companies to pay government debts (the airplanes of the government-owned airline company to pay government debts, in order to continue with the Gaillard’s example), which in certain circumstances should be allowed as mentioned above and (b) on the other hand, to attach and execute government property or rights related to the government-owned company, as any stockholder has rights before the corporation. In (a), we are talking about assets that are property of a third party. Though related to state, the government-owned company is a third party. In this case – (b) - I am referring to government property related to government-owned companies, i.e. stocks or shares (depending how the government-owned company is incorporated), dividends, debt service (i.e. if the central government granted a loan to the company), purchase price paid for the stocks in case of sale or privatization and, finally, the residual claim of the stockholder (the government) after the liquidation of the state-owned company. In this case, it would be hard to say that money related to government-owned companies is a public domain asset. Put clearly, one thing is to say that a creditor will try to attach and seize the water pipes of the government-water company, which are vital public domain assets and another completely different thing is to say that a creditor will attach and seize the government’s stocks or dividends related to that water company. The former request, certainly, should be rejected, but the latter should be accepted.

(b.4) The reasonable respect and factors to weigh: conduct of states and judicial deference, money as an object of seizure, burden of proof of the quality of the assets.

Regarding state’s conduct, as mentioned above, in general, there should be a relation between commitment the state is showing in honoring its debts and the deference that courts should have to its immunities and privileges. In this sense, more the commitment, more the deference. Lesser the state’s commitment; lesser the court’s deference. That is one reason why enforcement

²⁴ Rivkin and Tahbaz p. 148

See the *Bancec*’s decision in its last paragraph in which the United States Supreme Court stated that “Our decision today announces no mechanical formula for determining the circumstances under which the normally separate juridical status of a government instrumentality is to be disregarded. Instead, it is the product of the application of international recognized equitable principles to avoid the injustice that would result from permitting a foreign state to reap the benefits of our courts while avoiding the obligations of international law.”

²⁵ Emmanuel Gaillard, *ibid* p. 188-189

See *Karaha v. Pertamina*. In this case, the debtor was not the Indonesian government (owner of Pertamina), was –in fact- Pertamina. Nonetheless, in this case Pertamina raised immunity saying that the money, actually, was of its government. After investigation, the Court concluded that part of the money was of Pertamina, so it was subject to attachment.

against states case law is rich and has contradictory decisions in the same kind of conflicts.

Besides the conduct of the state, it is necessary to consider the condition of the asset object of the seizure request. In general, we can say that the more important and relevant the income/asset is to the continuance of governmental functions and or public use, the lesser the likelihood of being subject to attachments.

The reviewed case law shows that some claims were rejected by the courts because the claimant did not demonstrate the commercial nature of the good or asset object of her seizure request. However, who is in a better position to demonstrate the quality of governmental or commercial of a good or income? The creditor that only wants to collect its debt and does not have all the information regarding state's assets, or the owner itself –the state? The owner usually has more information of its assets than third parties. Unfortunately, however, courts denied some enforcement claims because they considered that the claimants have the burden of proof and they could not demonstrate the commercial quality of the state goods it tried to attach. As a general matter, states are in a better position (better risk bearer or cheapest cost avoider) to define, and demonstrate (arguing governmental purpose is easy, states should demonstrate this condition) the governmental and quintessential quality of the goods or incomes the creditor is seeking to attach. In short, this paper proposes that judges should shift the burden of proof from the plaintiff to the defendant state or agency.

Money and incomes are the exchange method used

to obtain goods and services. Thus, it should be more difficult to allow a seizure of a “current” good, construction or asset than to allow a seizure for money. Put clearly, judges should deny a seizure to, inter alia, hospital, public buildings, medicines, streets. But regarding money, incomes, rights of credit, they should be more prone to analyze the possibility of ordering a seizure against them, because goods speak by themselves (*res ipsa loquitur*)²⁶, but money (bank accounts, debts or, in general, credit rights) does not speak by itself. In simple, the money per se cannot be identified as sovereign or commercial, but one should inquire about its titleholder and its functions. Thus, there should be an inquiry about the real and proved purpose of use of the money. As we saw in some cases, even embassy accounts hide commercial purposes at times. A government can plan to use money for “x” purpose and finally it is used for “y” or simply not used it at all. It is easy to argue that all the money is compromised in governmental quintessential purposes. This is why the governments subject to enforcement should bear a higher burden of proof in this regard²⁷. For instance, when states can prove that the money which the creditor is trying to seize is going to be used for buying medicines or other core function, judges should deny the creditor’s request to seizure. However, if governments cannot meet this burden, it is not reasonable to deny the plaintiff’s right of recovery²⁸.

c) Measures that, in general, should be accepted by courts.

Despite the different terms used by the different bodies of law regulating sovereign immunities (i.e. Section 1602

²⁶ This doctrine is related to proof in tort law cases. See, Richard Epstein and Catherine Sharkey, *Cases and Materials on Torts*. Tenth Edition Wolters Kluwer p. 271

²⁷ In *AIC Ltd. v. Federal Government of Nigeria* (2003) EWHC 1357 QB, the Court went deeply into the burden of proof of the use of a bank account. In this regard, the Court took into consideration that Nigeria had a bank account in a dormant status. Nonetheless, finally, the Court said that the burden of proof was of the creditor.

²⁸ Similarly, the French Cour de Cassation, in *Englander v. State Bank of Czechoslovakia*, Cour de Cassation (Civ. 1 ere Ch.) February 11, 1969, reversed a judgment against the creditor and stated that in cases of mixed uses [basically, bank accounts where is money that can be deemed as sovereign and money that can be deemed as commercial], the mere risk of impossibility of not distinguishing well between one and the other should not be ground to deny the attachment request.

²⁹ For instance, to obtain an execution measure against a foreign state, inter alia, there are two important requirements: (i) a commercial activity of the state (this requirement is not necessary when the defendant is not the state itself but an agency, See *Rivkin and Tahbaz* p. 143) and (ii) that the property the creditor is trying to attach is commercial property. See Section 1602 of the FSIA.

³⁰ The New York District Court in *Figueiredo* (although reversed by the Court of Appeals) considered that Peru’s bond issuances entail minimum contacts with New York. Regarding bonds issuance, *Rivkin and Tahbaz*, referring to the commercial nature of foreign state transactions (looking for the transaction itself and not for its purpose) under the eyes of the FSIA and the case *Republic of Argentina v. Weltoever*, 504 U.S. 607, 614-615 stated that “even if a debt issuance is intended to produce funds for government purposes, the act of the debt issuance is in the nature of something a private commercial actor could do and is therefore considered a commercial activity regardless of its sovereign purposes”. *Rivkin and Tahbaz* p. 143

However, in *Trans Commodities, Inc. v. Kazakstan Trading House S.A.* the Court rejected the liberal criteria set in *Argentina v. Weltoever*, and finally denied attachment of the incomes of the Kazakhstan’s bond issuance, because even it was a commercial act, the plaintiff did not demonstrate that the funds were going to be used for commercial purposes instead of governmental purposes. Case cited by *Rivkin and Tahbaz* p. 143.

As it is foreseeable, considering the purpose of the income is very broad, so it difficult enforcement against sovereigns. Thus, in the United States Courts the applicant for enforcement has a high threshold in proving not only the commercial nature of the asset or income, but also its commercial purpose of its use by the government.

of FSIA uses the term “commercial property”, Peruvian Administrative Law uses the term “*bienes de dominio privado*” or in English “private domain assets”) it is common that commercial assets are subject to attachment. Of course, it depends on the forum, because for instance, in the United Kingdom and in the United States²⁹ the outcomes of enforcement litigation could be different. Among others, assets or incomes that, in general, could be subject to attachment are money proven for commercial purposes (which is a difficult threshold to meet) property of the debtor entity, real estate property that is not used for hosting public institutions, incomes from bond issuance³⁰, money from exploitation of real estate property (i.e. the lease payment in case the state is the lesser), incomes from exploitation of natural resources (royalties³¹), earmarked loans as commercial³² or when the creditor seeks to attach assets related to a commercial transaction with the state³³.

VI. NON ENFORCEMENT OF COMMERCIAL AWARDS AS AN INVESTMENT BREACH

Is non-enforcement of arbitration awards or judicial decisions an investment breach? It depends on the facts, on the treaty and on the applicable law.

If after reviewing the facts, one concludes that the lack of enforcement entails a breach of an investment treaty, a second valid question which one could make is: If the government instrumentality or company did not pay the award, what is the purpose of submitting an investment claim which probably would have the same difficulties in its enforcement?³⁴ The answer is twofold: attribution³⁵ and, consequently, assets to execute. In fact, as mentioned before, the general rule is that regarding commercial debts, the entity is the only responsible for paying them³⁶. Then, in principle, a creditor has only one juridical person to enforce: the entity debtor’s is the state itself. At the end of the day, the creditor would have the right to seek enforcement against (i) the instrumentality or government-owned company that lost the commercial arbitration and (ii) the host government that lost the investment arbitration. Of course, this does not allow double recovery, so if the state pays the debt; it should have an internal remedy of subrogation against the entity. From the attribution perspective, the conduct of state instrumentalities of the Executive Branch, sub national entities and government-owned companies that perform governmental functions³⁷ can be attributed to the state itself.

³¹ *Lloyd’s Underwriters v. AO Gazsnabranzit*, 2000 WL 1719493 (N.D. Ga. Nov. 2, 2000). In this case, the Court issued an attachment of license fees because they are related to the commercial activity.

³² *Republic d Iran v. Societe Eurodif*, Cour d Appel de Paris, Aoril 21, 1983, JDI 1983.

³³ “Also in *Sonatrach v. Migeon*, the French Cour de Cassation recognized that there are exceptions to the immunity from execution, “notably when the assets have been earmarked for the economic or commercial private law activity which gave rise to the creditor’s claim on which the attachment of the assets is based””. See Dama H. Freyer, “Attachment of debts owed to sovereigns” In: *Enforcement of arbitral awards against sovereigns*. Editor: Doak Bishop p. 180

³⁴ Specially, considering that the creditor has already spent time and money in the commercial trial or arbitration against the state instrumentality or government-owned corporation.

³⁵ See United Nations, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, p. 40-41 with commentaries

Article 4. Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

Commenting this article, the ILC said:

“(5) The principle of the unity of the State entails the acts or omissions of all its organs should be regarded as acts or omissions of the State for the purposes of international responsibility. It goes without saying that there is no category of organs specially designated for the commission of internationally wrongful acts, and virtually any State organ may be author of such an act. The diversity of international obligations does not permit any general distinction between organs which can commit internationally wrongful acts and those which cannot. (...)

(6) Thus the reference to a State organ in article 4 is intended in the most general sense. It is not limited to the organs of the central government, to officials at high level or to persons with responsibility for the external relations of the State. It extends to organs of government of whatever kind or classification, exercising whatever functions, and at whatever level in the hierarchy, including those at provincial or even local level (...). It is irrelevant for the purposes of attribution that the conduct of a State organ may be classified as “commercial” or as *acta iure gestionis*. Of course, the breach by a State contract does not as such entail a breach of international law. Something further is required before international law becomes relevant, such as denial of justice by the courts of the State in proceedings brought by the other contracting party. But the entry into or breach of a contract by a State organ is nonetheless an act of the State for the purposes of article 4, and it might in certain circumstances amount to an internationally wrongful act.”

³⁶ As I said, the possible measures contemplated in part V, even possible and sometimes fair, should be exceptional.

³⁷ United Nations. *Ibid.* p. 48 “(6) Questions arise with respect to the conduct of companies or enterprises which are State-owned and controlled. If such corporations act inconsistently with the international obligations of the State concerned the question arises whether such conduct is attributable to the State. In discussing this issue it is necessary to recall that international law acknowledges the general separateness of corporate entities at the national level, except in those cases where the “corporate veil” is a mere device or a vehicle for fraud or evasion. The fact that the State initially establishes a corporate entity, whether by a special law or otherwise, is not a sufficient basis for the attribution to the State of the subsequent conduct of that entity. Since corporate entities, although owned by and in that sense subject to the control of the State, are considered to be separate, *prima facie* their conduct in carrying out their activities is not attributable to the State unless they are exercising elements of governmental authority within the meaning of article 5. (...)”

Going back to the first question, we should analyze if the lack of enforcement entails a breach of an investment obligation by the host state. By way of preliminary comments, certain investment obligations should be analyzed: Firstly, we should determine if an award (or the debt recognized in it or the agreement from which the debt is arisen i.e. a concession or a construction contract) is an investment³⁸. After determining it, the following obligations³⁹ and standards could be analyzed in a case-by-case basis: fair and equitable treatment (especially related to the sub standards of compliance with contractual obligations, procedural propriety –especially considering *Petrobart v. Kyrgyz Republic*⁴⁰ and *White Industries v. India*⁴¹ - and due process denial of justice⁴², equality and non-discrimination, inter alia) and umbrella clause⁴³. *White Industries v. India* is a good example of how can a lack of enforcement of an ICC commercial award against a government-owned company can entail a breach of an investment treaty that make the state itself liable.

VII. POSSIBLE PREVENTIVE MEASURES TO BE TAKEN IN ADVANCE

When governments are interested in implementing important development projects, usually they will coordinate with sophisticated companies to enter into these agreements, i.e. PPP (Public Private Partnerships), EPC (Engineering, Procurement and Construction), and JVA (Joint Venture Agreements). Typically, those companies request certain protections to its investments in public projects. Thus, the purpose in this part is to discuss some possibilities of protections to be designed as part of the negotiation of the agreements with the government before any dispute has arisen.

Political risk insurance. Some insurance policies (i.e. the one provided by the Multilateral Investment Guarantee Agency –MIGA) under the broad definitions of political risks contemplate the lack of payment of awards or breach of contract. Specifically, MIGA contemplates two risks: (i) Breach of Contract and (ii) Non-Honoring of Sovereign Financial Obligations⁴⁴. The former requires that the insured institutes an arbitration claim and the latter is for express and unconditional sovereign obligations and does not require the investor to submit an arbitration claim. Other insurers –private and public- also insure this kind of risks.

Sovereign Guarantees and Government Support Agreement. *Yescombe*⁴⁵ refer to this agreement as an important accessory to the main agreement (i.e. a Power Purchase Agreement –PPA- or a concession) by which an entity other than the grantor or purchaser enters into the agreement to assure some governmental obligations that could be, for instance, stabilizations clauses, guarantee of payments, grant of permits, waiver of sovereign immunity, among other possible provisions. Depending on the content of the support agreement (especially if it provides guarantee of payments), it is possible that it is useful to provide the investor with other assets to recover a possible debt: the contracting entity of the main agreement and the entity signatory of the support agreement.

*Waive of immunity from execution.*⁴⁶ Even though there are some courts that rejected the validity of waiver of immunity, it is recommendable to obtain a waiver of immunity of jurisdiction and of execution of certain kind of goods or incomes from the state. Waiver should be

broad and general, but at the same time very detailed (i.e. among others it should provide a waiver for attachment prior to judgment), in order to avoid future arguments trying to rebut its validity⁴⁷.

Trust agreements and escrow accounts. Private sector started to use trusts (in Spanish, *fideicomisos*) to create an aisled group of assets from the other debtor's general assets and also to create a system that allows the implementation of collaterals and payment means. In Peru, it is frequent to see trust agreements entered into by public entities where they assign their rights even for incomes ruled by public law, like certain kind of taxes or toll road incomes. In this regard, the constitution of a trust is an interest manner to secure a specific source of public incomes to finance determined activity. In these cases, the public income, instead of being deposited in the public entity's bank account is deposited directly in a special account, i.e. the bank account managed by the trustee. If there is a balance, it is given to the government.

Third party guarantees. As governments require private parties to guarantee their obligations (i.e. on demand bonds to guarantee performance) in some cases third parties –such as banks- can guarantee government's obligations toward a private party.

VIII. CONCLUSIONS

1. Private parties have important constitutional rights such as property, due process of law (effectiveness of awards and judgments) and equality. On the other hand, states require the continuity of government functions, and the respect of its budget planning. These interests may and should be adequately balanced. This is why there should exist states' privileges in enforcement but they should be limited and reasonable.

2. The case law is not well balanced or reasonable. It is more pro state.

3. The Peruvian law that defines the Peruvian State's privileges can continue in force, but with certain changes that would enable fairness. Among others, the annual ceiling to pay judgments [applicable to awards too, as mentioned before] should be a higher percentage, and the entities should be obliged to pay their debtors with the money they did not spend at the end of the year. The "awards" should be incorporated expressly in the applicable provisions. Judges should be more prone to attach public assets and entities should bear the burden of proof regarding if an amount of money is of public domain (sovereign) or private domain (commercial).

4. Figueiredo is not an adequate precedent. Specifically, its downplays are (i) application of the FNC doctrine in cases of enforcement when it should only be applied to trials, (ii) misapprehension of the fact that Peru did not comply its own privileges regulations that provide that debts should be paid in 5 years, (iii) refusal to apply Peruvian law, in fact, the court should have applied it, instead of declining to do it due to the FNC motion, and (iv) it constitutes a breach of the New York Convention.

5. Both foreign and domestic courts, in principle, should apply and respect the law of the privileges of the government against whom the enforcement request is sought. However, this respect should be limited to reasonableness. Unreasonable situations occur when de facto the state did not comply its own laws and delays payment more than permitted and de jure occurs when the government law is so lax that allows the state to avoid honoring its obligations or to delay the payment a considerable amount of time.

³⁸ See "investment" definition in the US BIT Model 2004 in which investment is defined, inter alia, by commitment of capital, expectation of gain and assumption of risk. Among others, investments may include debt instruments, construction contracts and property rights. Even an arbitration award is not contemplated expressly; it complies with the characteristic of an investment. The definition of "investment agreement" is broader, so if the arbitration disputes arises from an "investment agreement" it can be sustained that the lack of payment of the award, at the end of the day, is related to a dispute arisen from the said "investment agreement".

³⁹ *SGS v. Philippines*, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004. Even though this decision does not address the merits of the dispute, upholds the possibility that a breach of a government contract can entail a breach of the fair and equitable provision. However, according to Dolzer and Schreuer, case law is divided respect as whether a breach of a contract entails a breach of the FET provision. See Christopher Schreuer and Rudolph Dolzer. Principles of International Investment Law. Oxford p. 141

⁴⁰ According to Dolzer and Schreuer, "Fair procedure is an elementary requirement of the rule of law and a vital element of FET. It is antiethical to the international delinquency of denial of justice. This duty may not only be violated by the courts but also through legislative or executive action." These authors refer to *Petrobart v. Kyrgyz Republic*, Award, 29 March 2005, in which the State was found liable for breach of FET because "The state foiled the execution of the judgment by securing postponement of execution and by rendering the state entity bankrupt by transferring assets away from it." Ibid p.142, 144

⁴¹ www.lw.com/.../international-arbitration-white-industries-v-india. In this case, an ad hoc investment arbitration tribunal held that India breached its international investment obligations, applying the MFN (Most Favored Nation) provision of the Australia-India BIT and, then, importing the obligation of "effective means of asserting claims and enforcing rights" from the Kuwait-India BIT. The Tribunal held that lack of enforcement of an ICC favorable award to *White Industries* (against *Coal India Limited*, a government-owned company) entails breach of "effective means".

⁴² However, according to Dolzer and Schreuer, state immunities bar denial of justice claims. See Ibid. p. 164

⁴³ See Article 24.1(a)(i) in which the scope of the investment arbitration is broad, because –as an umbrella clause- by this procedural mean, the investor can claim that the host government breached (A) an obligation specified in Articles 3 to 10 of the treaty, (B) an investment authorization and (C) an investment agreement, regulations, or (c) such a decision cannot be enforced; (emphasis added)

⁴⁴ <http://www.miga.org/investmentguarantees/index.cfm?stid=1797#toc4>

Also, see MIGA Convention

Article 11. Covered Risk

(a) Subject to the provisions of Sections (b) and (c) below, the Agency may guarantee eligible investments against a loss resulting from one or more of the following types of risk:

(iii) Breach of Contract

Any repudiation or breach by the host government of a contract with the holder of a guarantee, when (a) the holder of a guarantee does not have recourse to a judicial or arbitral forum to determine the claim of repudiation or breach, or (b) a decision by such forum is not rendered within such reasonable period of time as shall be prescribed in the contracts of guarantee pursuant to the Agency's regulations, or (c) such a decision cannot be enforced; (emphasis added)

⁴⁵ See E.R. Yescombe. Principles of Project Finance. Academic Press London 2002 p. 125

⁴⁶ In *Creighton v. Qatar*, the French Cour de Cassation stated that the defendant waived from its immunity of execution because it accepted the ICC Rules that states that parties are obliged to comply the arbitral award without delay and waive their right of appeal. I disagree from this decision, because I consider that being bound by the award does not mean any waive of immunity of execution of property. As a general rule, waivers should be express and not result of inferences, like the one done by the French court.

⁴⁷ See, Richard Weight, *The LSTA's complete credit agreement guide*. Mc Graw Hill 2009 p. 555

6. In other words, the more the state shows commitment to honor its debts, the more deference courts should have to its privileges. Additionally, courts should start shifting the burden of proof about the commercial quality of an asset or income from the plaintiff to the defendant state, which is in better position to determine it.

7. (a) Seize of goods that are used for government purposes (i.e. public institutions buildings) or public use (i.e. hospitals, squares, parks) are not, and in fact should not be object of seizure. (b) If there is a case of abuse of privileges (referred above), then the courts should be more prone to, inter alia, make the central government liable for its instrumentalities' debts and, in certain occasions, for debts of government-owned companies when they perform government functions, make instrumentalities and in certain occasions government-owned companies liable for government's debts, attach the stocks and incomes (dividends, residual claims and others) that government-owned companies provide to their states, attach debts. (c) Seizure of private domain assets (i.e. real estate property not used for government purposes), in principle, should always be accepted.

8. In certain circumstances lack of enforcement could entail a breach of an investment obligation by the state, i.e. umbrella clause, fair and equitable treatment (failure to provide adequate means for justice). If the original arbitration is with an entity and the amount is considerable, it could be advisable to institute an investment arbitration procedure in order to hold, not only the entity, but the state itself as liable for the debt as a matter of breach of an investment protection. See *White Industries v. India*.

9. Several attempts to enforce public assets arise from conflicts in government contracting. Thus, it is advisable, if possible and acceptable by the government, to negotiate certain protections since the beginning of the transaction. Among others, these protections could be political risk insurance, sovereign guarantees, support agreements, waiver of immunity of jurisdiction and execution, trust agreements, escrow accounts, and third-party guarantees (for instance, bank guarantees that could be on demand bonds).

---&&&RGMM&&---

REDACTANDO UN acuerdo de arbitraje

Por Roque Caivano

1. Los cuestionamientos esperables sobre la cláusula arbitral

Sin ser una actividad propia de genios, pactar el sometimiento a arbitraje requiere tomar en consideración algunas circunstancias, a efectos de que el arbitraje resulte, en los hechos, el método de solución de controversias que las partes concibieron como adecuado al pactarlo y de evitar las dificultades que suelen ser frecuentes en la práctica.

El arbitraje, se sabe, admite múltiples variantes. Cada una de ellas tiene –o puede tener, en función de cada caso– ventajas y desventajas, que conviene sopesar a la hora de adoptar una u otra modalidad. El hecho de no ser el arbitraje un “modelo de talla única” hace que la determinación de excluir la vía judicial no sea suficiente. A partir de esa primera gran decisión inicial (arbitraje o litigio judicial) sobrevienen otras varias, complementarias de aquella, en función de las cuales es necesario o conveniente precisar una serie de cuestiones relativas al tipo de arbitraje que se pacta, así como a las condiciones, modalidades o reglas bajo las cuales operará.

En adición a ello, es posible que al momento de querer recurrir al arbitraje se presenten dificultades. Éstas se originan en las muy diversas circunstancias en las cuales el acuerdo arbitral generalmente se celebra y debe ejecutarse. Salvo aquellos casos –pocos, en mi experiencia– de acuerdos arbitrales que tienen por objeto resolver controversias ya existentes, lo usual es que el arbitraje se pacte *ex ante*, cuando aquellas son todavía puramente eventuales¹. Negociada y convenida en un momento de plena armonía, la cláusula arbitral está destinada a regir en situaciones de conflicto. Por lo que será interpretada y ejecutada cuando las partes ya estén distanciadas y su relación alterada por las divergencias que surgieron a *posteriori*.

Pero, además de la tirantez u hostilidad que pueda existir entre las partes como consecuencia del conflicto, es dable esperar que cada una de ellas tenga distintos intereses estratégicos en relación con el modo de manejarlo y, particularmente, respecto del arbitraje. Con conflictos reales y concretos sobre la mesa, cada parte podrá evaluar, desde su propia perspectiva, si el arbitraje es la vía que más conviene para dirimirlo. En ese escenario, aquella que crea que el arbitraje no es apropiado para su estrategia de defensa, intentará evadirlo por todos los medios a su alcance. Y uno de esos medios será cuestionar el alcance o exigibilidad del acuerdo arbitral².

De allí la conveniencia de ser claros y precisos a la hora de redactarlo.

2. Algunas cuestiones a definir

Una vez tomada la decisión de resolver por la vía del arbitraje las controversias que pudieran nacer del contrato, se abren una serie de nuevos interrogantes a las partes, dado que existen distintas variantes y condiciones: ¿Escogen un arbitraje *ad hoc*, uno institucional o uno *ad hoc* con adopción de un reglamento institucional? En caso prefieran arbitraje institucional, ¿cuál? ¿Incorporan una fase de negociaciones previas al arbitraje? ¿Pactan arbitraje de derecho o de equidad? En caso de arbitrajes internacionales, ¿cómo determinan la sede? ¿Y el derecho aplicable?

Estas, y algunas otras circunstancias, deben ser cuidadosamente ponderadas a la hora de redactar el acuerdo arbitral, porque cada una de ellas tiene una enorme importancia en el futuro desarrollo del arbitraje. Advertimos que las partes no pueden evitar evaluar estas condiciones al pactar el arbitraje. Podrán, eventualmente, no querer tomar una determinación directa sobre ellas en ese momento. Pero deben saber que, más tarde o más temprano, tendrán que ser definidas; y si no lo hicieron al pactar el arbitraje, y no se ponen luego de acuerdo, alguien tomará esa decisión por ellas. En algunos casos la

solución provendrá de las normas supletorias contenidas en la ley o en el reglamento al que se sometan; en otros, la determinación la harán los árbitros, los jueces o la entidad que administra el arbitraje.

2.1. ¿Arbitraje institucional o *ad hoc*?

En relación con la organización del arbitraje, puede escogerse entre dos modalidades: arbitraje *ad hoc* o arbitraje institucional (también denominado administrado)³.

En el primer caso, no existe ningún organismo o institución que se ocupe de conducir las actividades necesarias para que el tribunal arbitral pueda constituirse. En el arbitraje *ad hoc* son las propias partes quienes, a falta de auxilio externo, deben elegir los árbitros –o prever los mecanismos para su designación–, acordar el lugar donde se llevará a cabo y en su caso el idioma, pactar los procedimientos aplicables, y hasta convenir con los árbitros sus honorarios.

En el arbitraje institucional existe una organización que sirve de nexo entre los árbitros y las partes. Su función, en general, es organizar el arbitraje, prestando una serie de servicios que simplifican la tarea de los árbitros y resuelven muchas de las incidencias que se plantean en el proceso. Adicionalmente, ejercen un cierto control del procedimiento y aseguran la calidad del servicio⁴. Estas entidades generalmente proporcionan reglamentos que establecen las normas de procedimiento; determinan elementos claves del arbitraje que las partes hayan omitido pactar, como la sede del arbitraje o el idioma del proceso; intervienen para la designación, recusación y sustitución de los árbitros; contienen reglas de ética que especifican los deberes y responsabilidades de los árbitros; proveen escalas de honorarios de los árbitros que hacen el costo del arbitraje más previsible; ofrecen servicios administrativos accesorios, como facilitar locales donde llevar a cabo las audiencias o realizar las diligencias administrativas propias del arbitraje; etcétera.

² El otro es cuestionar la “arbitrabilidad” de las materias sometidas a arbitraje, es decir, alegar que aquello para lo cual se convino el arbitraje involucra cuestiones que no son susceptibles de resolverse por esa vía, conforme la legislación arbitral aplicable. En Costa Rica, como en muchos otros países, las materias arbitrables son aquellas “de libre disposición y transacción” (artículo 37, Ley 8937/2011). Sobre el tema puede verse, CAIVANO, Roque J.: “La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado”, Rev. El Derecho, Buenos Aires, 23/08/2013 y, más específicamente, “Arbitrabilidad y orden público”, Revista de Derecho Foro Jurídico, Universidad Católica del Perú, N° 12, Lima, 2011, ps. 62 y ss.

³ En rigor de verdad, como acertadamente se ha señalado, aun los arbitrajes institucionales suelen ser *ad hoc*, puesto que –salvo los casos que cuentan con un Tribunal Arbitral Permanente– generalmente se constituye un tribunal diferente para cada caso. Ello no obstante, mantenemos la tradicional distinción, por su generalizada aceptación.

⁴ “La institución puede calificarse, gracias a su reglamento, como ‘centro de control’ del procedimiento y de su calidad (...) Asumiendo un rol activo, que depende del contenido de su reglamento, la institución es llamada a garantizar un procedimiento impecable, un juicio rápido y la competencia, calificación profesional e independencia de los árbitros”. AZZALI, Stefano: “Arbitrato Amministrato e arbitrato *ad hoc*”, en ALPA, Guido (dir.): L’arbitrato: profili sostanziali, ed. Utet, Torino, 1999, ps. 807 y ss. [traducción libre del autor]

¹ Recuérdese que las legislaciones modernas reconocen el acuerdo arbitral referido a controversias futuras como autosuficiente y han abandonado la exigencia de celebrar el “compromiso arbitral” (acuerdo arbitral *ex post*, destinado a complementar y precisar la “cláusula compromisoria”). Ver, por ejemplo, artículo 7 de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL. Sobre el tema, remitimos a CAIVANO, Roque J.: La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada, ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

La intervención de una entidad arbitral, sin dudas, facilita la constitución del tribunal –probablemente la fase más crítica de todo arbitraje⁵– y reduce las probabilidades de tener que recurrir a la autoridad judicial para poder iniciar el proceso, porque las partes delegan en un tercero ciertas facultades relacionadas con la organización del arbitraje⁶.

Aunque algunos autores sugieren que el arbitraje institucional es, siempre, superior al *ad hoc*⁷, no creemos que sea posible recomendar, en abstracto, una u otra modalidad. Dependerá sustancialmente de las particulares circunstancias del caso, en especial de dos de ellas: qué tan armónica es –o se espera que pueda ser en situación de conflicto– la relación entre las partes y qué tan eficaces son las soluciones provistas por las normas supletorias de la ley de arbitraje aplicable. Ello porque todos los aspectos relativos a la organización del arbitraje deberán resolverse por acuerdo entre las partes o, en su defecto, por aplicación de la ley de arbitraje⁸. Si, como vimos, la avenencia entre las partes durante la crisis del conflicto es bastante poco probable, la decisión de convenir un arbitraje *ad hoc* requiere una adecuada ponderación de la ley de arbitraje, fundamentalmente evaluando qué tan prácticas y eficientes son las soluciones previstas para casos de falta de acuerdo sobre los aspectos organizativos del arbitraje y, en especial, respecto de la designación, recusación o sustitución de los árbitros⁹.

2.2. ¿Arbitraje *ad hoc* con un reglamento institucional?

Una fórmula que suele ser utilizada en la práctica consiste en pactar un arbitraje *ad hoc* pero adoptando las partes el reglamento de alguna entidad arbitral. Esta combinación, que a primera vista puede parecer tentadora¹⁰, es susceptible de ocasionar no pocos problemas.

Por un lado, el hecho de no haberse seguido el procedimiento convenido es, en casi todos los países, causal de nulidad del laudo¹¹, y una de las razones por las cuales puede denegarse el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero¹². Y, por el otro, la simple expresión en la cláusula del sometimiento a, o la adopción de, determinado reglamento de arbitraje convierte a todas sus normas en un acuerdo entre las partes¹³. Por lo que la omisión de cumplir con determinadas exigencias del reglamento pasa a ser, por carácter transitivo, una infracción al procedimiento convenido.

El problema radica en que muchos reglamentos prevén que determinados actos serán cumplidos por la propia institución o alguno de sus órganos. Y si el arbitraje no es administrado por ella, esa condición no se cumplirá, por lo que no se podrá seguir el procedimiento pactado. En consecuencia, la validez o ejecutabilidad del laudo pueden verse en riesgo.

Esta circunstancia se verifica con nitidez en el caso del sistema de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional [CCI], dado que un organismo interno de dicha entidad, la Corte Internacional de Arbitraje¹⁴, cumple un papel fundamental en la organización del arbitraje. Con funciones que no son arbitrales ni jurisdiccionales, sino administrativas y de supervisión del proceso y del laudo, este órgano tiene a su cargo, entre las principales, las siguientes tareas: al inicio del proceso, antes de la constitución del tribunal arbitral, verifica la existencia, *prima facie*, de un convenio de arbitraje entre las partes para someterse al reglamento de la CCI¹⁵; supervisa y, si es necesario, decide sobre la composición del tribunal arbitral, confirmando (o no) a los árbitros nombrados por las partes y designando a los que haga falta; resuelve los planteos de recusación que se articulen contra los árbitros; designa, a falta de acuerdo entre las partes, la

sede del arbitraje; aprueba el acta de misión si alguna de las partes se niega a firmarla¹⁶; supervisa la marcha del procedimiento, estando inclusive facultada a prorrogar los plazos del reglamento; decide sobre los gastos del arbitraje y los honorarios de los árbitros; y, en lo que constituye “la principal muestra del control ejercido por la Corte en un arbitraje CCI¹⁷”, realiza un escrutinio del laudo antes de su notificación a las partes¹⁸.

Algunas de esas funciones podrían ser cumplidas por las partes en un arbitraje *ad hoc*, sin la asistencia de la entidad. En principio, pueden celebrar directamente el acta de misión. Pero si alguna se niega a firmarla, o existen desacuerdos insalvables respecto de su contenido, no será posible recurrir a la Corte para obtener su aprobación cuando el arbitraje no es administrado por la CCI. Tampoco podrá obtenerse el control *prima facie* sobre la existencia de una cláusula arbitral CCI, ni la confirmación de los coárbitros nombrados por las partes. Tampoco podrán recurrir a la Corte para que resuelva sobre la recusación de algún árbitro, ni obtener de ella prórrogas de los plazos reglamentarios. Y, ciertamente, será imposible que la Corte efectúe el escrutinio del laudo.

En estas condiciones, la validez o ejecutabilidad del laudo estarán en riesgo, dado que el procedimiento no se habrá ajustado al acuerdo entre las partes. En otras palabras, la adopción de un reglamento institucional para regir el procedimiento en un arbitraje *ad hoc*, es decir, sin recurrir a los servicios de la entidad para la administración del arbitraje, puede significar que no exista siquiera la posibilidad de dar cumplimiento a ciertos requisitos reglamentarios; y no ajustar el procedimiento a lo pactado

entraña el riesgo de que el laudo pueda ser anulado o no pueda ser ejecutado. Dado que un reglamento institucional puede poner a cargo de la entidad algunas funciones que, de no ser el caso administrado por ella, no podrán cumplirse del modo pactado, si las partes desean un arbitraje *ad hoc*, incorporar ese reglamento no es una solución aconsejable¹⁹.

Sin embargo, existe una opción que permitiría evitar a las partes la necesidad de discutir y escribir en la cláusula todos los pasos procesales: pueden convenir el sometimiento al reglamento de UNCITRAL. Este no es un reglamento de una entidad que administra arbitrajes y está, precisamente, diseñado para funcionar en el contexto de arbitrajes *ad hoc*. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que este reglamento está pensado para arbitrajes internacionales, por lo que algunas de sus previsiones pueden ser superfluas o inconvenientes en un arbitraje puramente doméstico.

2.3. ¿Cuál arbitraje institucional?

Si la decisión es pactar un arbitraje institucional, el paso siguiente es definir a cuál institución conviene remitir la administración del arbitraje. Es por ello importante definir con qué criterio se selecciona una institución arbitral o qué aspectos hay que considerar.

Existe una multiplicidad de instituciones que proveen servicios de arbitraje. Cada una de ellas tiene características particulares, que las hacen apropiadas para algunos casos e inadecuada para otros. Hay instituciones de arbitraje general, que ofrecen indiscriminadamente arbitraje para

¹⁰ Porque permite solucionar uno de los problemas del arbitraje *ad hoc* (la necesidad de establecer las reglas de juego) aprovechándose de normas que han sido pensadas y escritas por expertos en arbitraje, sin pagar los honorarios que las instituciones usualmente cobran por el servicio de administración del caso.

¹¹ Por ejemplo, conforme el texto de la Ley Modelo de UNCITRAL o de la Ley de Costa Rica 8937/2011, un laudo puede ser anulado cuando se pruebe que el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes (artículo 34.2.a.iv).

¹² Así lo prevén tanto el artículo 36.1.a.iv) de la Ley Modelo de UNCITRAL (norma que lleva idéntica numeración en la Ley 8937/2011 y que han reproducido casi todas las leyes de arbitraje), como el artículo V.1.d) de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

¹³ Conforme el artículo 2.e) de la Ley Modelo (o de la Ley 8937/2011) “cuando una disposición de la presente ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar, o cuando en cualquier otra forma se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje mencionadas en él”.

¹⁴ Este órgano está integrado por profesionales de reconocida versación en derecho internacional privado provenientes de más de 50 países. SMIT, Robert H.: “An inside view of the ICC Court”, *Arbitration International*, vol. 10, N° 1, 1994, ps. 53 y ss.

¹⁵ Cuando la Corte decide que, *prima facie*, existe dicho convenio, el procedimiento sigue adelante y se integra el tribunal arbitral, quien finalmente decidirá sobre su propia competencia.

¹⁶ El acta de misión es un documento, elaborado por los árbitros, que contiene precisiones sobre la misión del tribunal. Usualmente se identifican allí a las partes y a los árbitros, así como los domicilios donde se practicarán las notificaciones; se presentan en forma sumaria las pretensiones de las partes y los importes reclamados; se definen –si no hubiesen sido definidos con anterioridad– o se precisan las normas aplicables, y eventualmente pautas específicas en relación con el procedimiento.

¹⁷ MANTILLA SERRANO, Fernando: “La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”, *Rev. La Ley* 1996-D, ps. 1567 y ss.

¹⁸ El objetivo de esta verificación es asegurarse que el laudo sea válido y ejecutable, revisando principalmente que los árbitros no hayan incurrido en alguna de las causales por las cuales el laudo puede ser anulado o su ejecución denegada.

¹⁹ CAIVANO, Roque J.: “La irregular constitución del tribunal arbitral como causal de nulidad de los laudos y la adopción de normas reglamentarias institucionales en arbitrajes *ad hoc*”, *Rev. La Ley*, 2011-B, ps. 592 y ss.

⁵ DE BOISSÉSON, Matthieu: “La constitution du Tribunal arbitral dans l’arbitrage institutionnel”, *Revue de l’arbitrage*, 1990, N° 2, ps. 337 y ss.

⁶ CAIVANO, Roque J.: *Arbitraje*, ed. Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 69.

⁷ Se ha dicho que “las ventajas comparativas del arbitraje institucional en todos los aspectos –reglamentario, procedimental, organizativo, administrativo y supervisor – son superiores al arbitraje *ad hoc*”. DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo: “Arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc* ¿He aquí el dilema?”, *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, 2005, ps. 231 y ss. O que “la administración de los pasos procesales es una parte necesaria de un arbitraje bien manejado. La cuestión no es ‘arbitraje administrado’ o ‘arbitraje no administrado’ sino quién lo administra”. SPENCER, Glen H.: “Administered vs. non-administered arbitration”, en CARBONNEAU, Thomas E. (ed.): *American Arbitration Association Handbook on commercial arbitration*, ed. JurisNet LLC, Nueva York, 2006, ps. 153 y ss. [traducción libre del autor]

⁸ Como se sabe, además de establecer las condiciones generales del arbitraje y ciertos requisitos imperativos, la principal función de una ley de arbitraje es proveer soluciones a las eventuales faltas de acuerdo entre las partes respecto de los elementos que lo componen.

⁹ La solución tradicional de las legislaciones de arbitraje, no existiendo acuerdo entre las partes ni autoridad nominadora designada por las partes, consiste en el recurso al juez estatal para que designe a los árbitros que no hayan podido ser designados voluntariamente (ver, por ejemplo, el artículo 11.3 de la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL o de la Ley 8937/2011 de Costa Rica). Las leyes de más moderna concepción buscan evitar el recurso al juez: la Ley de Arbitraje de Perú (Decreto Legislativo 1071/2008) prevé que cuando no se llegue a nombrar uno o más árbitros por los mecanismos pactados, el nombramiento será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje (artículo 23.d).

cuestiones comerciales generales; otras que cuentan con diferentes modelos de arbitraje para diferentes clases de cuestiones (con reglas y listas de árbitros diferenciadas); otras que sólo ofrecen servicios de arbitraje respecto de algunas cuestiones determinadas. Además del prestigio y la seriedad de la entidad, hay algunos elementos cuya evaluación es imprescindible para tomar esa decisión: el reglamento, la lista de árbitros (o el modo en que se designan) y los costos.

Previo a todo, hay que definir la naturaleza de las disputas que pueden surgir de ese contrato. Sabiendo qué clase de controversias pueden producirse, naturalmente deben descartarse las instituciones que no provean servicios de arbitraje para ese tipo de controversias. Si las posibles cuestiones litigiosas son demasiado específicas o involucran cuestiones técnicas o complejas, también convendría descartar aquellas que no tienen experiencia en el manejo de este tipo de controversias o que no tienen reglas o listas de árbitros apropiados para ellas.

Es indispensable, antes de decidir este punto, estudiar el reglamento de las posibles instituciones. El objetivo de este análisis es determinar, en primer lugar, si el procedimiento previsto en el reglamento es adecuado para el tipo de conflictos que presumiblemente irán a arbitraje. Como se dijo, hay entidades que tienen un reglamento pensado para una determinada categoría de asuntos y sus normas son adecuadas para esa situación. Si los conflictos que pueden surgir de ese contrato no tienen esas características, esas reglas pueden ser inadecuadas. En cualquier caso, deben revisarse especialmente las facultades que el reglamento otorga a la entidad en la administración del arbitraje y a los árbitros en la conducción del procedimiento; las propias reglas de procedimiento (sistema de notificaciones, plazos procesales, normas sobre ofrecimiento y producción de prueba) y los recursos que admite contra los laudos.

Un aspecto a considerar es cómo se designan los árbitros bajo las reglas de esa institución: ¿es un tribunal permanente? ¿Existe una lista? ¿Existen listas de árbitros por especialidad? ¿La entidad tiene facultades

discrecionales para seleccionar a los árbitros? En el caso de un tribunal permanente o de la existencia de listas previas de árbitros, habrá que analizar la idoneidad de los árbitros y su experiencia en el tipo de cuestiones sobre las que versará el arbitraje. En el último caso, no existiendo lista, el análisis de idoneidad y confiabilidad debe hacerse sobre el órgano de la institución encargado de designar a los árbitros.

Finalmente, pero no por ello menos importante, es el estudio de los costos. Las instituciones arbitrales tienen tablas que permiten prever el costo de los posibles conflictos, atendiendo a su importancia económica. Es conveniente verificar la razonabilidad de esas escalas, tomando en consideración la posible cuantía de los conflictos que puedan surgir entre las partes.

En el contexto de un arbitraje institucional, la redacción de la cláusula ofrece menos complicaciones: tomada la decisión de someterse al arbitraje administrado de una determinada institución, es preferible utilizar la cláusula modelo que esa institución propone. A lo sumo, si existen en el reglamento provisiones que las partes quieren cambiar, pueden convenirlas específicamente, siempre que el reglamento las autorice a hacerlo. Pero, en lo posible, conviene ceñirse al texto modelo propuesto.

Sobre este particular, vale la pena incluir aquí una observación adicional, a pesar de su manifiesta obviedad: la institución a que las partes se someten debe ser referida con su nombre exacto y oficial, teniendo en cuenta que hay muchas cuyos nombres son similares²⁰. El error en la denominación de la institución arbitral puede traer complicaciones y demoras, aunque no necesariamente la imposibilidad de acceder al arbitraje²¹. En última instancia, la cuestión dependerá de cómo se interprete la cláusula, interpretación que, según cómo se articule procesalmente la cuestión, puede estar a cargo de los propios árbitros²², o de un tribunal judicial²³. En definitiva, cláusulas ambiguas o equívocas son susceptibles de crear dudas acerca de cuál es la institución a cuyas reglas las partes se sometieron. Puede derivarse de ello que la

²⁰ La experiencia de la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI muestra otros ejemplos de cláusulas confusas, refiriendo al arbitraje de "International Chamber of Commerce of Geneva", "Paris Chamber of Commerce", "Arbitration Court in Zurich", "Paris Chamber of Arbitration", "Arbitration Commission of the Paris Chamber of Commerce and Industry"; "Cámara de Comercio Oficial de París", "Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio francesa, en París". BENGLIA, Jean: "Inaccurate reference to the ICC", ICC Bulletin, vol. 7, N° 2, diciembre de 1996, ps. 11 y ss.

²¹ Ateniéndose a la necesidad de preservar la eficacia del acuerdo arbitral, la Corte de Casación confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones que había interpretado que, no obstante su imprecisión, una cláusula sometiéndose al arbitraje de la "Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París" traducía la común intención de las partes de someterse al arbitraje de la Cámara Arbitral de París. Cour de cassation (Francia), Sala Civil 1ª, 28/05/2002, Société Middle East Agricultural and Trading Co. Ltd. c. Société Avicola Bucuresti, Revue de l'arbitrage, 2002, N° 3, ps. 788 y ss.

²² Recuérdese que, por aplicación del principio kompetenz-kompetenz, (contenido, por ejemplo, en el artículo 16.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL) los árbitros están inicialmente facultados a decidir las objeciones que alguna de las partes formula a su jurisdicción.

institución se niegue a administrar el arbitraje o, peor aún, que algún juez decida que, no estando clara la intención de las partes de someterse a arbitraje, las disputas deben resolverse judicialmente.

2.4. ¿Cláusulas escalonadas?

Con frecuencia se ven cláusulas de resolución de conflictos que combinan, en diversas formas, el recurso – sucesivo– a negociación o mediación, y luego a arbitraje. Muchos colegas consideran que es saludable que las partes, antes de llegar a la confrontación que supone un arbitraje, tengan la oportunidad de intentar resolver las controversias mediante un acuerdo. Si bien abstracto esta opinión es compartible, conviene alertar sobre algunos de los riesgos que estas cláusulas entrañan²⁴.

Pactar una etapa previa de "autocomposición" del conflicto puede justificarse por las características naturales –y por las ventajas comparativas– de estos métodos: (i) Un acuerdo sobre las cuestiones controvertidas es la solución ideal, ya que si el conflicto es una divergencia de intereses, un acuerdo que armonice esos intereses lo hace desaparecer, lo elimina desde su propia raíz²⁵; (ii) Estos métodos buscan un acuerdo –por definición, una solución aceptada por las partes–, mientras en el arbitraje la solución es impuesta por el laudo; (iii) La posibilidad de lograr una solución "ganador-ganador" sólo existe en los métodos de autocomposición; (iv) En una negociación la relación entre las partes se preserva mucho más que en un arbitraje; (v) Los costos y la duración de una negociación –y aun de una mediación– son significativamente menores que los de un arbitraje; (vi) En cualquier método de autocomposición, las partes conservan el poder de decisión (lo que significa que controlan el resultado), mientras que en un arbitraje ese poder está en manos del árbitro; (vii) Encarado el problema desde el inicio,

es posible que se evite una escalada que haga luego inmanejable el conflicto²⁶.

Sin embargo, esta fase previa no es enteramente neutra respecto del arbitraje. De hecho, funciona como una pre-condición, como un requisito de admisibilidad de aquel. De modo que solamente se puede acudir al arbitraje una vez cumplida aquella. Y esto, a su turno, plantea algunas dificultades no menores. Por ejemplo, puede no ser tan sencillo determinar en qué consiste la etapa previa que las partes convinieron, y cómo se prueba su cumplimiento a fin de hacer expedita la vía del arbitraje. Si la cláusula hace referencia a la obligación de las partes de intentar una solución a través de "negociaciones" ¿cuándo se considera que hubo negociaciones? ¿Basta, para ello, con probar que las partes se reunieron? ¿Cómo se acredita el cumplimiento de esta etapa? Mucho peores son los problemas para interpretar si se cumplió o no la primera etapa si las partes comprometen "sus mejores esfuerzos" para alcanzar un acuerdo antes de iniciar un procedimiento arbitral, o se obligan a negociar "de buena fe" ¿En qué consiste la obligación de participar o negociar "de buena fe" o de realizar los "mejores esfuerzos²⁷"? ¿Cómo hacerla efectiva? y, en todo caso, ¿cómo probar que esos mejores esfuerzos se hicieron o que existió buena fe? En este sentido, si la etapa previa es de "conciliación" o "mediación" la prueba de su cumplimiento será más sencilla, en la medida que habrá un tercero imparcial que podrá "certificar" la realización de las gestiones y la imposibilidad de lograr un acuerdo.

²³ Recuérdese que si una parte, en infracción a lo convenido, promueve una demanda judicial respecto de una controversia que había sido sometida a arbitraje, la contraria puede, invocando el acuerdo arbitral, oponer una excepción tendiente a que el tribunal judicial se declare incompetente y remita a las partes a arbitraje (ver, por ejemplo, el artículo 8.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL).

²⁴ Ver, con más amplitud, CAIVANO, Roque J.: "Las cláusulas 'escalonadas' de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje)", en SOTO COÁGUILA, Carlos A. (dir.): Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral, ed. Instituto Peruano de Arbitraje, Editorial Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana, vol. 1, Bogotá, 2011, ps. 65 y ss.

²⁵ En los métodos de autocomposición se toman en cuenta los verdaderos intereses de las partes, mientras que en los de heterocomposición sólo se atiende a los derechos que cada parte invoca, que pueden o no coincidir con esos intereses. Sobre el concepto de intereses, ver CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E.: Negociación y Mediación, ed. Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2006, ps. 155 y ss.

²⁶ Se cree que las partes que comienzan la búsqueda de una solución para el conflicto a través de un proceso que les permite retener el control del resultado y evitar los costos de un litigio tienen más probabilidades de lograr un acuerdo que quienes se embarcan de entrada en una batalla adversarial. DOBBINS, Robert N.: "The layered Dispute Resolution clauses: From boilerplate to business opportunity", Hastings Business Law Journal, vol. 1, 2005, ps. 161 y ss.

²⁷ Los tribunales norteamericanos juzgaron que este tipo de fórmulas son indefinidas (US Court of Appeals for the Second Circuit, 2/02/1984, Reprosystem Bv v. Scm Corporation, 727 F.2d 257; Fed. Sec. L. Rep. P 99,667), ambiguas (US Court of Appeals for the Third Circuit, 2001, Martin v. Monumental Life Ins. Co., 240 F.3d 223, 233, 3rd Cir. 2001) o, peor aún, amorfas y de un significado nebuloso, ya que incluyen factores tan inciertos e indefinidos que la determinación de si esa obligación se cumplió o no termina tomándose sobre la base de conjeturas (US Court for the Southern District of New York, 1982, Candid Productions Inc. v. Int'l. Skating Union, 530 F.Supp. 1330, 1337 (S.D.N.Y.1982)).

Estas dificultades, con todo, pueden ser mitigadas si se toman algunas precauciones a la hora de redactar una cláusula escalonada: (i) Aclarar si la fase negociada es facultativa u obligatoria, de modo de eliminar una discusión que, en la práctica, es fuente fecunda de pleitos; (ii) Determinar cuáles son las consecuencias de no cumplir la fase previa²⁸; (iii) Evitar dudas sobre el contenido de la fase negociada, precisando en qué consiste esa primera etapa, a efectos de poder luego acreditar que se cumplió²⁹; (iv) No pactar condiciones difíciles de cumplir³⁰ y, de agregar condiciones especiales de tiempo, persona, modo o lugar, procurar que éstas sean objetivas, que tengan un significado claro y que sean fáciles de probar; (v) Establecer formas fáciles de acreditar el cumplimiento de la fase negociada³¹; (vi) Establecer un plazo de duración máxima de esa primera fase, de modo que la misma se considere cumplida por el transcurso de ese plazo³².

2.5. ¿Arbitraje de derecho o de equidad?

Las categorías de arbitraje “de derecho” o “de equidad” aluden a cómo los árbitros razonan y explican los fundamentos del laudo. Los primeros deciden conforme a derecho, y tienen la obligación de invocar los fundamentos jurídicos en que se apoyan sus decisiones; los segundos, autorizados a decidir en equidad, están relevados no sólo de invocarlas sino aún de aplicar las normas jurídicas. Para poder elegir conscientemente cuál es estas dos modalidades es la más apropiada para el caso, es conveniente conocer en qué consiste el arbitraje de equidad, una variante poco utilizada en la actualidad, y sobre el cual existen tantos mitos como prejuicios.

La característica principal del arbitraje de equidad es que las decisiones de los árbitros están basadas más en su sentido de justicia, su razonabilidad, sensatez o sentido

común que en la letra de la ley. Los árbitros de equidad están autorizados a buscar la mejor solución para el caso, aunque ésta no sea jurídica, a fallar “a su leal saber y entender³³”. Con independencia de la mayor o menor amplitud que se atribuya al razonamiento de los amigables componedores, cuanto menos, estos pueden evitar la aplicación de la ley tal como ella está concebida en sus términos literales. Porque, en contraposición con la ley –relativamente general–, lo que deben juzgar no es la universalidad de supuestos a los cuales ella se aplicaría, sino la singularidad del caso concreto que se les ha sometido a su decisión. Los árbitros de equidad no sólo pueden, sino que deben, adaptar las normas y los principios a la realidad que están juzgando. Si, en ese esquema de razonamiento, encuentran que ninguna de las normas es directamente aplicable o no es adaptable al caso, deben crear reglas propias. Lo que no pueden dejar de hacer es atender a la equidad particular del caso que deben resolver. Han de procurar que el resultado al que llega sea intrínsecamente justo; y si para ello tienen que adaptar la norma legal –o aun prescindir de ella– pueden hacerlo. Porque precisamente para eso son árbitros de equidad y no de derecho³⁴.

Por contraposición, los árbitros de derecho, como los jueces estatales, deben aplicar la norma legal. Aunque también hacen de ella un análisis valorativo, evaluando si su aplicación lisa y llana suscita una solución justa o si es necesario que sea adaptada, encuentran límites más estrictos que los de equidad: sólo pueden adaptar la norma en cuanto ella misma lo permita³⁵. En otras palabras, el árbitro de derecho no puede crear normas; en todo caso, determina cuál (y en qué medida) debe aplicarse de entre las existentes, sea que contemplen el caso (aplicación expresa), sea que puedan comprenderlo (aplicación analógica)³⁶. El árbitro de equidad tiene

mayor margen de autonomía. El objeto principal de su análisis valorativo es la situación de hecho que tiene que resolver: sobre la base de su propia experiencia, de su prudencia, de su criterio de equidad, de su sano juicio, de su leal saber y entender, concibe la solución que él cree más justa. Hallada esa solución puede –usualmente lo hace– analizar las normas existentes, a fin de verificar si ellas llevan a la misma solución. En tal caso, es frecuente que las invoque y las cite, como forma de apuntalar su decisión³⁷. En otras palabras, mientras el árbitro de derecho no puede dejar de aplicar la ley aunque perciba el resultado como injusto, el árbitro de equidad puede descartarla si a su juicio ocasiona un resultado disvalioso respecto al que él concibió como legítimo y equitativo³⁸.

Ello no significa, sin embargo, que el laudo no sea motivado: los fundamentos existen y en principio deben expresarse³⁹. Tampoco significa que la decisión en equidad implique adoptar soluciones “salomónicas”, porque nada de equitativo hay en admitir parcialmente ambas pretensiones, con independencia de la legitimidad de cada una de ellas: administrar justicia con equidad significa darle la razón a quien la tiene, en la proporción que el árbitro juzgue equitativa; si la parte demandada tiene toda la razón, el laudo deberá rechazar íntegramente la demanda; si el demandante tiene toda la razón, la demanda deberá prosperar en su totalidad.

2.6. La sede del arbitraje

Más allá del interesante debate académico que se viene sosteniendo desde hace algunas décadas acerca de la posible existencia de arbitrajes “deslocalizados⁴⁰”, el arbitraje requiere la determinación de una “sede” o “lugar”. Esa sede es usualmente fijada por las partes en la cláusula arbitral o, en su defecto, por la institución que administra el arbitraje o por los propios árbitros. Ese lugar no implica que allí esté físicamente el tribunal ni que allí deban llevarse a cabo las actuaciones procesales: las normas, tanto legales como reglamentarias⁴¹, expresamente permiten que el tribunal delibere y realice actos procesales (incluyendo audiencias de recepción de prueba) en cualquier lugar que estime conveniente, aunque difiera del escogido como sede del arbitraje.

De allí que, más que geográfico, el de sede es un concepto netamente jurídico, que alude al vínculo jurídico entre el arbitraje y la jurisdicción (judicial y legislativa) de ese lugar⁴². Fundamentalmente, su ley de arbitraje será la aplicable⁴³, sus tribunales judiciales serán los competentes para cumplir las funciones de apoyo y aún las de control sobre el arbitraje⁴⁴, y allí se considerará dictado el laudo⁴⁵.

³³ Esta expresión refleja un modelo de resolución de cuestiones litigiosas en el cual el juzgador no tropieza con los límites que marcan las normas, no está coartado en su misión decisoria, ni restringido en las interpretaciones de las cuestiones a decidir. Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sentencia del 29 de septiembre de 1995, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, N° 1, 1997, p. 197.

³⁴ CAIVANO, Roque J.: “Juicio arbitral de amigables componedores”, en ETCHEVERRY, Raúl A. y HIGHTON, Elena I. (dirs.): Resolución Alternativa de Conflictos. Arbitraje, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ps. 123 y ss.

³⁵ Debe recordarse que no todas las normas legales admiten el mismo grado de “flexibilidad” y hay algunas que no permiten ser adaptadas a las circunstancias del caso, debiendo aplicarse rigurosa e inexorablemente.

³⁶ BIELSA, Rafael: La protección constitucional y el recurso extraordinario, ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1936, p. 48.

³⁷ El poder que se les atribuye de juzgar en equidad no es una obligación sino una facultad, ya que pueden aplicar las normas de Derecho si, en uso de esa facultad, juzgan que es lo más equitativo. ROBERT, Jean: L'arbitrage. Droit interne et droit international privé, 6ª edición, ed. Dalloz, París, 1993, p. 159.

³⁸ CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando: Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 975.

³⁹ Algunas legislaciones admiten –excepcionalmente y mediante pacto expreso– que las partes releven a los árbitros de explicar los fundamentos que tuvieron.

⁴⁰ O sea, arbitrajes verdaderamente internacionales que carecen de un vínculo jurídico con algún país en particular. Sobre el tema puede verse, por ejemplo, PAULSSON, Jan: “Delocalisation of international commercial arbitration: When and why it matters”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 32, enero de 1983, ps. 54 y ss. También, GONZALO QUIROGA, Marta: “Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿utopía o realidad de un orden público transnacional?”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. 2000/2001, ps. 83 y ss.

⁴¹ Ver, por ejemplo, el artículo 20.2 de la Ley Modelo de UNCITRAL, o el artículo 18.2 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

⁴² POUURET, Jean-François y BESSON, Sébastien: Droit comparé de l'arbitrage international, ed. Bruylant, LGDJ, París y Bruselas, 2002, p. 103.

⁴³ Y esa ley, a su vez, generalmente determina las condiciones de validez del acuerdo arbitral, las condiciones requeridas para ser árbitro, las reglas mínimas de procedimiento y las atribuciones jurisdiccionales de los árbitros, los recursos que cabrán contra el laudo, etcétera.

⁴⁴ Serán esos los tribunales competentes para conocer del recurso de anulación contra el laudo. Sobre el tema remitimos a CAIVANO, Roque J.: Control judicial en el arbitraje, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

⁴⁵ Esta cuestión no es menor, toda vez que para cualquier otro Estado distinto de aquel donde se dictó, el laudo será considerado “extranjero” y su ejecución compulsiva será sometida al procedimiento previo de exequatur o nacionalización, con posibilidad de que el ejecutado articule todas las defensas contenidas en el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958.

²⁸ En doctrina y jurisprudencia se propician dos soluciones: rechazar la demanda y dar por terminado el arbitraje, aunque sin juzgar sobre el fondo, o suspender el proceso arbitral hasta tanto se acredite el cumplimiento de la primera fase. Las consecuencias de una y otra solución son muy diferentes, por ejemplo en orden al cómputo de los plazos de prescripción o caducidad, o en orden a la imposición de las costas. De allí que sea conveniente que las propias partes lo definan en la cláusula: si quieren “penalizar” a quien haya instado el arbitraje sin haber dado cumplimiento a la primera etapa, adoptarán la primera solución; si, por el contrario, prefieren favorecer el mantenimiento de la instancia arbitral, optarán por la segunda.

²⁹ Recuérdese que, en general, una instancia previa de mediación es más fácil de acreditar que una de negociación.

³⁰ Exigir, por ejemplo, que quienes deben negociar son personas que ostenten determinados cargos en las empresas involucradas agrega condiciones adicionales que, de no cumplirse, derivarán en la imposibilidad de dar por concluida la primera fase. Ya hemos examinado los problemas que puede plantear la exigencia de negociar “de buena fe” o de realizar los “mejores esfuerzos”.

³¹ En negociaciones asistidas, las partes pueden referirse a la certificación que expida el tercero neutral. En negociaciones directas, será conveniente pactar qué conducta objetiva –o, mejor aún, qué constancia documental– será suficiente para tener por probado el cumplimiento de la instancia. A modo de ejemplo, en un contrato se pactó que las partes debían, antes de recurrir al arbitraje, intentar una solución negociada, pero aclararon que se considerará que el intento de lograr un acuerdo fracasó cuando una de las partes informe por escrito a la otra de esta circunstancia.

³² Esta solución también apareja algunas dificultades. Por un lado, si bien da certidumbre sobre cuándo termina, obliga a las partes a esperar el plazo íntegro, aun cuando desde el inicio se advierta la imposibilidad de lograr un acuerdo, o la inutilidad de intentarlo. Por el otro, si acordaron “negociar” durante un determinado plazo, es necesario establecer cómo se cuenta ese plazo y cuál es el punto de inicio.

Dada su trascendencia, es conveniente que las partes no dejen librada la determinación de la sede a la institución o los árbitros. Y para escogerla, deben tomar en consideración los efectos jurídicos que esa elección produce. Por lo tanto, más que su cercanía o accesibilidad⁴⁶, lo que debe mirarse es fundamentalmente qué tan moderna es ley de arbitraje de ese lugar y qué tan confiables son sus tribunales, entendiendo por tales una legislación que garantice un adecuado grado de autonomía del arbitraje y un Poder Judicial que no sea manifiestamente hostil hacia esta forma de resolver conflictos. Aun cuando un valor generalmente importante es la “neutralidad” de ese lugar⁴⁷, es posible que alguna de las partes esté dispuesta a resignarla a cambio de tener, en caso de obtener un laudo favorable, una ejecución más expedita: ello porque la ejecución de los laudos dictados en el mismo Estado donde aquella se intenta tramita usualmente por procedimientos de apremio con defensas muy limitadas, mientras que un laudo extranjero requiere pasar por el previo juicio de exequatur, que otorga al ejecutado una batería de defensas de muy amplia concepción⁴⁸.

2.7. El derecho aplicable

Conviene que sean las mismas partes quienes decidan cuál será la ley “sustantiva” que aplicará en el arbitraje, entendiéndose por tal el derecho sobre el cual los árbitros basarán la decisión en cuanto a los méritos o al fondo de la cuestión. De otro modo, ese estratégico elemento del caso será usualmente escogido por los árbitros. Si bien es teóricamente posible que las partes elijan más de una legislación aplicable, indicando diferentes ordenamientos jurídicos para regir diferentes aspectos de la relación jurídica⁴⁹, o que se remitan a los principios y usos generales del comercio internacional o *lex mercatoria*, lo usual sigue siendo que pacten el sometimiento a un solo ordenamiento jurídico estatal y, a lo sumo, que lo complementen con la referencia a los principios, usos y

prácticas del comercio internacional.

Las partes tienen, también, la posibilidad de convenir la “ley aplicable al acuerdo arbitral”, es decir, el derecho que regirá las condiciones de validez y eficacia del acuerdo arbitral y la “ley procesal aplicable”, es decir, el derecho que regirá las condiciones básicas de validez del procedimiento. En caso de silencio, las reglas prevalecientes llevan a que sea aplicable, respecto de ambas situaciones, la ley de la sede. Aun siendo teóricamente posible, la práctica indica que pactar como aplicables al acuerdo arbitral o al procedimiento derechos distintos del de la sede puede aparejar complicaciones importantes: las normas elegidas podrían colisionar con normas imperativas de la sede del arbitraje, o los tribunales de la sede que conozcan de algún recurso o sean llamados a cooperar con el arbitraje podrían resistir la aplicación de una ley diferente⁵⁰.

3. La redacción de la cláusula arbitral

Aun sabiendo que no hay cláusula arbitral perfecta ni inmune a cuestionamientos, y que sin importar cuánto cuidado tengamos siempre será posible que alguien halle maneras de ponerla en tela de juicio⁵¹, intentaremos dar aquí algunas recomendaciones tendientes a minimizar los riesgos de que, llegado el momento de poner en funcionamiento el arbitraje, la cláusula arbitral sufra embates que frustren ese intento o creen dificultades tan grandes que lo dilaten innecesariamente.

Obvio es aclarar que cada cláusula debe ser redactada teniendo en consideración los deseos y necesidades de las partes, las características del contrato y de los conflictos que se espera que nazcan de él. Así como no hay cláusulas milagrosas, tampoco las hay aptas para cualquier propósito. De modo que las recomendaciones que siguen son apenas indicativas de algunas de las

precauciones que surgen de la *praxis*, destinadas a prevenir algunas de las situaciones que la realidad ha ido planteando.

3.1. Cuestiones generales

Como señalamos, pactarlo con carácter previo y genérico para futuras controversias es la única forma de asegurarse el recurso al arbitraje. Pero para lograr el objetivo de contar, cuando se lo necesite, con un procedimiento arbitral, es preciso ponderar adecuadamente los términos del convenio. Como hemos anticipado, una vez que el conflicto emerja será difícil concordar en algo con la contraparte, y hasta es posible que ésta perciba que el arbitraje es inconveniente para sus intereses y prefiera ventilar las disputas en sede judicial⁵². De modo que, como premisa general, es conveniente que la cláusula arbitral sea redactada de forma tal que, al suscitarse el conflicto, no sea necesario integrarla ni complementarla. Debe ser clara, inteligible, abarcativa, completa y todo lo autosuficiente que se pueda⁵³.

A tal fin, existen al menos dos opciones. Una es que las partes redacten por sí mismas las cláusulas arbitrales. Ello permitirá que ajusten su contenido a la naturaleza de la específica transacción y las características de los potenciales conflictos que de ella pueden nacer. La otra es recurrir a las cláusulas estandarizadas, usualmente propuestas como modelo por las instituciones arbitrales. La conveniencia de elegir una u otra opción no puede definirse en abstracto. Si al momento de negociarlas las partes están representadas por profesionales experimentados en arbitraje, puede ser conveniente redactarla en sus propios términos, pues de ese modo podrán darle el contenido exacto que deseen y que mejor se adapte a las necesidades del caso. Por el contrario, si carecen de esa experiencia, es preferible emplear una cláusula estándar, que ofrece la ventaja de haber sido redactada por especialistas y, probablemente, examinada y ajustada a lo largo del tiempo. Naturalmente, esta opción es válida sólo si las partes eligen un arbitraje

institucional o administrado, pues las cláusulas estándar están generalmente asociadas a un reglamento al cual se remiten⁵⁴.

Una buena cláusula arbitral no requiere términos complejos ni demasiada extensión. Más bien su mayor efectividad estará dada por su claridad y sencillez⁵⁵. El peor enemigo de una cláusula arbitral es su ambigüedad; no sólo porque puede aparejar la ineficacia misma del convenio, sino porque creará complicaciones que darán a la contraparte una poderosa herramienta para discutir judicialmente sus efectos, neutralizando las ventajas del arbitraje⁵⁶.

3.2. La indubitable intención de pactar arbitraje

La primera recomendación, aunque pueda parecer superflua, es que las partes deben indicar inequívocamente su intención de someterse a arbitraje. El carácter indubitable del pacto arbitral depende, a su vez, de varios factores.

Por un lado, si bien el arbitraje es, por definición, excluyente de la jurisdicción judicial, son desaconsejables las expresiones que pueden ser interpretadas como atenuando ese efecto natural del acuerdo arbitral. A modo de ejemplo, puede señalarse un caso en el cual se había pactado que “a los efectos del cumplimiento del presente contrato las partes renuncian a toda jurisdicción que no sean los Tribunales Ordinarios de Mar del Plata (Argentina), comprometiéndose a someter *previamente* cualquier cuestión que surgiera al arbitraje de amigables componedores...”[énfasis añadido]. Surgido el conflicto, una parte intimó a la otra a someterlo a árbitros “bajo apercibimiento de accionar judicialmente”. Los tribunales interpretaron que ello importó una aceptación de esta última alternativa y que resultaba improcedente la excepción de incompetencia de los tribunales judiciales, teniendo en cuenta que “la disposición reafirma la competencia judicial, aunque establece el paso previo por el arbitraje de amigables componedores, razón por

⁴⁶Es posible desarrollar íntegramente un arbitraje sin que se realice en el lugar de la sede un solo acto procesal.

⁴⁷ En general, se busca evitar que la sede del arbitraje sea el país de la nacionalidad o domicilio de alguna de las partes.

⁴⁸ Conforme el derecho argentino, por ejemplo, un laudo dictado en la Argentina se ejecuta por un procedimiento de apremio que sólo admite como defensas la invocación de quita, pago, espera, remisión, falsedad o prescripción de la ejecutoria. Como contrapartida, para ejecutar en la Argentina un laudo extranjero debe obtenerse previamente su reconocimiento o nacionalización, a través de un juicio de conocimiento en el cual el demandado puede oponer defensas tales como que las partes carecían de capacidad para celebrar el acuerdo arbitral, que éste no es válido, que en el procedimiento arbitral se ha vulnerado su derecho a defenderse, que el laudo se refiere a cuestiones no previstas en el acuerdo arbitral, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron a lo pactado, que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido, que la materia no es arbitrable o que el laudo viola el orden público.

⁴⁹ Es lo que se conoce como *depeçage*. Sobre el tema, ver GERTZ, Craig M.: “The selection of choice of law provisions in international commercial arbitration: A case for contractual *depeçage*”, *Journal of International Law & Business*, vol. 12, 1991, ps. 163 y ss.

⁵⁰ REDFERN, Alan y HUNTER, Martin: *Law and practice of international commercial arbitration*, ed. Sweet & Maxwell, 4ª edición, Londres, 2004, p. 103.

⁵¹ “No hay cláusulas arbitrales ideales ni milagrosas; la cláusula perfecta es una utopía”. BLESSING, Marc: “Drafting an arbitration clause”, *ASA Special Series (Swiss Arbitration Association)*, N° 8, 1994, ps. 32 y ss. [traducción libre del autor]

⁵² “Los desacuerdos sobre el alcance de la cláusula arbitral muestran que el deseo de una de las partes de someterse a arbitraje se opone al deseo de la otra”. KLEIN, Theodore: “Disagreement on the scope of an arbitration clause”, *ICC Bulletin*, vol. 7, N° 2, diciembre de 1996, ps. 24 y ss. [traducción libre del autor]

⁵³ Si, por el contrario, de la cláusula no es posible derivar una voluntad clara y la intención inequívoca de las partes de someterse a arbitraje, esa cláusula podría considerarse “patológica”, en tanto no podría aplicarse sin un pacto adicional. FOUCHARD, Philippe: nota a fallo de la Cour d’appel de París del 29/03/2001, *Revue de l’arbitrage*, 2002, p. 449.

⁵⁴ Sobre los problemas de pactar un arbitraje ad hoc con sujeción a un reglamento institucional remitimos a lo dicho supra, en 2.2.

⁵⁵ BERNARDINI, Piero: “The arbitration clause of an international contract”, *Journal of International Arbitration*, vol. 9, N° 2, 1992, ps. 45 y ss.

⁵⁶ BOND, Stephen R.: “Cómo redactar una cláusula compromisoria”, en *El arbitraje comercial internacional, Suplemento especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, 1995, ps. 25 y ss.

la cual el requerimiento fehaciente [del demandante] intimando a la sociedad demandada a que en el término de cinco días manifestase 'su voluntad de hacer uso de lo dispuesto por la cláusula octava del contrato... bajo apercibimiento de accionar judicialmente', configura el supuesto contemplado en la parte final del artículo 919 del Código Civil⁵⁷".

Por el otro, el acuerdo debe estar redactado en términos imperativos y no meramente facultativos. Cláusulas que estipulen, por ejemplo, que las partes "podrán" someter sus conflictos a arbitraje tienen el riesgo de ser interpretadas como potestativas y no como obligatorias. Es preferible, para aventar dudas, redactarlas en términos concluyentes y evitar plantearlos como una mera opción. En un caso, las partes habían estipulado que la existencia, validez, calificación, interpretación, alcance, cumplimiento o resolución del contrato se resolvería definitivamente de acuerdo al Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, en otra cláusula convinieron que producido un incumplimiento, la parte afectada debería previamente intimar fehacientemente a la otra el cumplimiento de las obligaciones en cuestión, fijando para ello un plazo no inferior a quince días y si vencido el plazo, las obligaciones motivo de la intimación no hubiesen sido cumplidas, la parte afectada podría "recorrer al arbitraje pactado" o "declarar rescindido el contrato". Alegando un incumplimiento de su contraparte, una de ellas promovió un juicio ordinario ante los tribunales comerciales de la Ciudad de Buenos Aires, persiguiendo una condena al resarcimiento de los daños y perjuicios que le habría ocasionado la rescisión del contrato. La demandada dedujo excepción de incompetencia de la justicia ordinaria al amparo de la cláusula arbitral, excepción que fue acogida en primera instancia. La Cámara de Apelaciones, sin embargo, revocó la sentencia de grado y declaró la competencia de la justicia comercial, con fundamento en que, a estar a lo pactado por las partes, si la cláusula establecía una opción entre recurrir al arbitraje o declarar

rescindido el contrato, habiendo optado por esta última, se había perdido la primera⁵⁸.

También el acuerdo debe referir a las partes específicamente a arbitraje y evitar confusiones con mecanismos de integración del contrato o con otras formas de resolución de conflictos. Ejemplo de la primera situación es la cláusula que establecía "in case of necessity, the ICC Paris shall be called upon", estipulación que se consideró no era una cláusula arbitral, en tanto no especificaba la elección de ese método⁵⁹; o la cláusula que preveía, en caso de conflicto en la ejecución de un contrato de locación de servicios con un arquitecto, la "consulta" al Colegio de Arquitectos⁶⁰. Ejemplo de la segunda hipótesis es la cláusula mediante la cual las partes habían sometido los conflictos que nacieran del contrato a "conciliación, arbitraje y al tribunal competente", con la aclaración de que las partes no podrían recurrir a los tribunales judiciales sino después de haberse pronunciado el árbitro, cláusula que se interpretó no revelaba la intención de las partes de pactar arbitraje, sino una conciliación, en tanto no surgía inequívoca la voluntad de hacer vinculante el laudo⁶¹.

Debe tenerse en cuenta, por ello, que no basta con mencionar la palabra "arbitraje" en la cláusula. Aunque esta mención exista, pueden surgir dudas si hay otras estipulaciones que impliquen una alteración sustancial de los principios o efectos propios del arbitraje. Para considerar que las partes han querido pactar el arbitraje no basta remitirse a la calificación que ellas hicieron sino que deben analizarse la naturaleza de la misión conferida al tercero y las atribuciones que le reconocieron, siendo inherente al arbitraje que las partes hayan entendido confiarle poderes jurisdiccionales⁶², y que hayan querido excluir la intervención de los tribunales judiciales⁶³. Aunque las partes aludan a "arbitraje", una cláusula que deje a los tribunales judiciales la resolución de un conflicto "en caso de fracaso" de aquel no puede interpretarse como una cláusula arbitral sino como una especie de conciliación en

la que las partes quisieron que el tercero proponga una solución pero sin que tenga carácter vinculante⁶⁴.

3.3. La descripción de lo que se somete a arbitraje

Un aspecto importante de la cláusula arbitral es la determinación de las cuestiones que caen dentro del sometimiento a arbitraje. Si se quieren abarcar todas las controversias que puedan nacer de una relación jurídica, conviene evitar fórmulas que puedan entenderse como restringiendo el campo de aplicación del convenio. No parece adecuado realizar en la cláusula enumeraciones de "categorías" de conflictos, ni "calificaciones" de las cuestiones sometidas a arbitraje.

En un caso, por ejemplo, se resolvió que una cláusula contenida en un contrato de locación de obra que establecía el arbitraje "para el caso de duda o disenso *en la interpretación o cumplimiento* de este contrato" no comprendía la acción basada en la existencia de filtraciones, rajaduras y fisuras que podrían implicar la responsabilidad del constructor, en tanto ese reclamo excedía el marco de la mera interpretación o disenso con el contenido del contrato de locación de obra⁶⁵. En otro caso se dispuso que, habiéndose pactado el arbitraje para los casos en que la *ejecución* de los trabajos suscitara divergencias entre las partes, no procede resolver por ese medio el caso en que se discute la rescisión y nulidad del contrato⁶⁶. Una cláusula que remita a arbitraje las "cuestiones de hecho" puede no ser suficiente para resolver una controversia relativa al incumplimiento de las obligaciones de una parte, que involucra no sólo cuestiones de hecho sino de derecho⁶⁷.

La exigencia de claridad lleva a evitar cláusulas que puedan ser interpretadas como contradictorias. Por ejemplo, en un contrato de distribución se habían

estipulado dos cláusulas: (a) En una se pactaba el arbitraje sujeto a las reglas de la Cámara de Comercio internacional, para el caso en que alguna de las partes no estuviera de acuerdo con la legislación de aplicación del contrato; (b) En la otra se pactaba que la validez del contrato, los derechos, obligaciones y relaciones que se establezcan entre las partes se interpretarán conforme los preceptos de la leyes del estado de Texas, EE.UU., acordando que todos los temas relativos al contrato, incluso, la aplicabilidad de cualquier decisión arbitral, sería ventilada ante los tribunales federales o estatales de ese Estado. Interpretando este contrato, la justicia argentina resolvió que las partes habían pactado la jurisdicción arbitral para decidir la legislación que habría de regir el contrato, "mas no los demás temas relativos al mismo que, como se desprende de la segunda cláusula mencionada, serán sometidos a la competencia judicial⁶⁸".

Es conveniente, por ello, utilizar fórmulas amplias y abarcativas, comprensivas de la totalidad de las cuestiones controvertidas que puedan surgir de la relación jurídica a que se refiere. A título ejemplificativo, se resolvió que una cláusula arbitral referida a "todos los efectos a que diere lugar el contrato" debe ser interpretada como comprensiva de cualquier pretensión que se plantee relativa al contrato, siempre que la misma sea transigible⁶⁹; que si se convino en la póliza de seguro que "toda cuestión" sería resuelta por árbitros, no puede ocurrirse ante los jueces de derecho entablado demanda por cobro del seguro⁷⁰; o que sometidas por convenio de partes a decisión de jueces árbitros "todas las cuestiones entre socios", la promovida durante su liquidación, sobre cambio de administración de la sociedad, corresponde al conocimiento de éstos, y no al del juez estatal⁷¹.

⁵⁷ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 27/12/1991, Sorrentino, Rodolfo c. Conjunto Habitacional 2 de Octubre S.C., AP on line, N° 14/30871.

⁵⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Buenos Aires), sala B, 30/09/2004, Arlisa S.A. c. Petrolera Santa Fe S.A., AP on line, N° 70015311.

⁵⁹ El caso está referido en TAKLA, Youssef: "Non-ICC Arbitration clauses and clauses derogating from the ICC Rules", ICC Bulletin, vol. 7, N° 2, diciembre de 1996, ps. 7 y ss.

⁶⁰ Cour d'appel de Paris, 24/09/1997, Maury c. Chaplet, sumario en Les Cahiers de l'arbitrage, ed. Gazzete du Palais, julio de 2002, p. 274.

⁶¹ Cour d'appel de Paris, 21/11/2001, Fréchou c. Sicra, sumario en Les Cahiers de l'arbitrage, ed. Gazzete du Palais, vol. II, julio de 2004, p. 296.

⁶² Cour d'appel de Versailles, 11/09/1998, Diakite et autres c. Société Taxitel et autres, sumario en Les Cahiers de l'arbitrage, ed. Gazzete du Palais, julio de 2002, p. 274.

⁶³ Cour d'appel de Paris, 2/02/2000, Nouvelle Jupiter c. Sadak, sumario en Les Cahiers de l'arbitrage, ed. Gazzete du Palais, julio de 2002, p. 276.

⁶⁴ Cour d'appel de Paris, 29/04/1998, sumario en Les Cahiers de l'arbitrage, ed. Gazzete du Palais, julio de 2002, p. 274.

⁶⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Buenos Aires), sala D, 10/08/2004, Gorin, Pedro E. c. Ferrocom S.R.L., Rev. JA, 2005-I, ps. 38 y ss.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 1938, Empresa Constructora F. H. Schmidt S.A. c. Provincia de San Juan, Rev. Fallos 181: 306.

⁶⁷ Ontario Court of Justice, General Division (Canadá), 10/11/1994, T1T2 Limited Partnership v. Canada, recopilación de jurisprudencia sobre los textos de UNCITRAL (CLOUT), A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/8, 21 de diciembre de 1995, caso N° 113. Ver, asimismo, los casos referidos en GRAY, Whitmore: "Drafting the dispute resolution clause", en Commercial Arbitration for the 1990's, ed. American Bar Association, Chicago, 1991, p. 142.

⁶⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Buenos Aires), sala A, 28/03/2003, Softron S.A. c. Telecom Argentina Stet France Telecom S.A., AP on line, N° 11/35069.

⁶⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Buenos Aires), Sala J, 27/04/2004, Bollini, Carlos Alberto c. Dunar Interiores S.R.L., Rev. ED 208, ps. 42 y ss.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 1874, Filareto, Kanaci c. Cía. de Seguros Trasatlánticos, Rev. Fallos 15: 23.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 1891, Querencio, Carlos M. c. Benítez, Gregorio, Rev. Fallos 45: 296.

Naturalmente, la recomendación de incluir cláusulas omnicomprendivas de cualquier cuestión relacionada con el contrato es válida siempre que las partes quieran someter “todas” las controversias nacidas de esa relación jurídica a arbitraje. En caso que las partes quieran someter a arbitraje sólo algunas de ellas, deberán individualizarlas con nitidez para evitar confusiones, sea indicando cuáles someten a arbitraje, sea individualizando las que excluyen. Aun así, advertimos, esta fórmula entraña algunos riesgos, porque si el conflicto involucrara al mismo tiempo cuestiones sometidas a arbitraje conjuntamente con otras que no lo están, es probable que la totalidad de ellas terminen resolviéndose en sede judicial⁷². O, lo que quizás podría resultar peor, se mantengan ambas vías y se produzcan sentencias contradictorias.

No menos importantes son las palabras utilizadas para definir la relación de la materia controvertida con el contrato base. Por ejemplo, se dice que expresiones como “que surjan de este contrato” suelen aparejar el riesgo de que se entienda no pactado el arbitraje para las modificaciones o para el reclamo de los perjuicios derivados de su rescisión, siendo preferible fórmulas más amplias como “en relación con”, que abarcan controversias vinculadas con la formación del contrato y, por tanto, anteriores a su celebración posteriores a su extinción⁷³. A modo de ejemplo, los tribunales ingleses resolvieron que una controversia acerca de si el contrato principal debía rescindirse o anularse por haber sido procurado a través de un soborno, es materia que cae dentro del alcance de la cláusula arbitral si ésta fue concebida en términos tan amplios que pueden considerarse comprendidos en ella aquellas controversias referidas a la existencia misma o a la subsistencia del contrato, porque no es lógico suponer que las partes quisieron crear un sistema de solución de controversias en el que debieran recurrir primero a un juez para decidir si el contrato debe ser anulado o rescindido y luego a un tribunal arbitral para resolver las controversias que surjan de él⁷⁴.

4. Conclusiones

Pactar el sometimiento a arbitraje no involucra una sola decisión sino varias. Una vez que se escogió evitar la intervención de los tribunales judiciales es necesario examinar y sopesar la multiplicidad de opciones que se abren a partir de esa decisión: ¿Qué tipo de arbitraje? ¿En qué condiciones? ¿Bajo qué reglas? En muchos casos, estas cuestiones son todavía más importantes que la decisión misma de someterse o no a arbitraje. Es preciso, por ello, tener presentes todas las consecuencias que se derivan de esas decisiones, en la medida que cada una de ellas provoca determinados efectos que deben ser objeto de un concienzudo análisis previo. Aunque sabemos, por experiencia, que las partes suelen concentrarse más en discutir las estipulaciones sustantivas del contrato, es decir, aquellas que crean derechos u obligaciones de manera directa⁷⁵, no es de buena práctica dejar la cláusula arbitral como un pacto “de último momento”, pues las implicancias que tiene no son menos trascendentes para la determinación futura de aquellos derechos u obligaciones.

Una vez ponderados todos esos elementos, el esfuerzo debe ponerse en la redacción de la cláusula. Si bien habrá otros elementos o criterios que coadyuven a la interpretación ulterior de lo convenido por las partes, el punto de partida de cualquier labor interpretativa de una estipulación es lo que ellas mismas escribieron⁷⁶.

Una buena cláusula arbitral no requiere términos complejos ni demasiada extensión. Más bien la sencillez y claridad es un “prerrequisito” para su efectividad⁷⁷, toda vez que su ambigüedad no sólo puede aparejar la ineficacia misma del convenio, sino crear complicaciones que neutralizan las ventajas del arbitraje⁷⁸. Aunque no el único, un punto crítico es la descripción de la materia para la cual el arbitraje se pacta, dado que ello determina el

alcance de la jurisdicción de los árbitros⁷⁹. Y si bien las partes suelen querer que queden comprendidas en ella la totalidad de las divergencias que puedan vincularse a la relación jurídica en la que esa cláusula se incluye, a veces utilizan un lenguaje que, a la hora de ser interpretado y frente a la oposición de una de ellas, genera dudas o causa la impresión de que no quisieron darle un alcance tan amplio.

Este trabajo no tiene la pretensión de ser un exhaustivo “manual de operaciones” para redactar una cláusula arbitral. Nuestro propósito fue, apenas, llamar la atención sobre algunas de las principales cuestiones que involucra pactar el sometimiento a arbitraje, con la intención de contribuir a que los usuarios sean conscientes de las consecuencias que proyectan cada una de sus decisiones y que lo que pactan refleje, de la manera más fidedigna posible, la intención que los motiva. Aspiramos a que ese objetivo haya sido mínimamente logrado.

⁷² “La competencia arbitral queda excluida cuando se plantean contemporáneamente problemas que corresponde dilucidar a los jueces ordinarios con otros que podrían caer en aquella, a fin de impedir juicios sucesivos o inútil multiplicación de los mismos”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Buenos Aires), sala B, 30/10/1970, Nocera, Ricardo c. Nocera, Rafael, AP on line, N° 11/5045.

⁷³ SUTTON, David St. John, KENDALL, John y GILL, Judith: Russel on arbitration, 21st edition, ed. Sweet & Maxwell, Londres, 1997, ps. 60 y ss.; GARFINKEL, Barry H. y FRY, James D.: “Ambiguity in ‘arising’ phrases: caution for drafters of intended narrow arbitration clauses”, en CARBONNEAU, Thomas E. (ed.): American Arbitration Association Handbook on commercial arbitration, ed. JurisNet LLC, Nueva York, 2006, ps. 127 y ss.

⁷⁴ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 24/01/2007, Fiona Trust & Holding Corporation v. Yuri Privalov, [2007] EWCA Civ 20.

⁷⁵ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: La cláusula compromisoria en el arbitraje civil, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 77.

⁷⁶ “Interpretar un contrato es observar las manifestaciones negociales, las cláusulas y estipulaciones, para determinar su sentido y alcance”. MOSSET ITURRASPE, Jorge: Contratos, ed. Ediar, Buenos Aires, 1978, p. 259.

⁷⁷ BERNARDINI, Piero: “The arbitration clause of an international contract”, Journal of International Arbitration, vol. 9, N° 2, 1992, ps. 45 y ss.

⁷⁸ BOND, Stephen R.: “Cómo redactar una cláusula compromisoria”, en El arbitraje comercial internacional, Suplemento especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, 1995, ps. 25 y ss.

⁷⁹ BERMAN, Harvey: “Another look at remedies in arbitration”, en CARBONNEAU, Thomas E. (ed.): American Arbitration Association Handbook on commercial arbitration, ed. JurisNet LLC, Nueva York, 2006, ps. 353 y ss.

10 RECOMENDACIONES

para la redacción de contratos comerciales internacionales

Por Luis Alberto King M.
Asociado
Von Wobeser y Sierra, S.C.
Licenciado en Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Artículo informado a partir de la conferencia “10 Recomendaciones para la Redacción de Contratos Comerciales Internacionales” ofrecida en la Universidad Autónoma de Querétaro en el II Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de Querétaro.

En vista de que la inversión en México va en aumento en sectores muy especializados (como, por ejemplo, el de tecnología de armado, manufactura y ensamblaje para empresas automotrices, entre otros) que presentan una ventaja importante para algunos estados mexicanos (particularmente, para estados como Querétaro que, año con año, ha superado sus metas en inversión extranjera), el objeto de la conferencia fue dar una serie de recomendaciones a quienes se enfrenten a la tarea de redactar un contrato comercial internacional. Siempre que existe movimiento de recursos, existirá la necesidad de regular relaciones jurídicas y de celebrar contratos. En respuesta a un aumento en la inversión extranjera, existirá la necesidad de redactar contratos comerciales internacionales.

Este artículo no pretende desarrollar alguna área específica del conocimiento del derecho, simplemente pretende informar al lector que existen herramientas disponibles de las que puede echar mano cuando redacte un contrato internacional. No es necesario empezar de cero, aunque la meta sea la redacción de un complejo contrato comercial internacional.

A continuación se hacen 10 recomendaciones para la redacción de contratos internacionales; en específico:

- (i) una recomendación que tiene que ver con el **formato e idioma** del texto;
- (ii) una recomendación que tiene que ver con la **representación y el uso de poderes otorgados en el extranjero**;
- (iii) seis recomendaciones que tienen que ver con el **contenido del contrato**; y,
- (iv) dos recomendaciones en relación con la **resolución de controversias**.

I. FORMATO

1. Doble Columna/Idioma Dominante

Si bien el formato no es una cuestión esencial en un contrato, un formato adecuado ayuda a prevenir problemas sencillos que pueden complicarse mucho. Además, un formato claro suma a la correcta interpretación y ejecución de los contratos. Particularmente en los contratos internacionales (en los cuales las partes generalmente se manejan en idiomas distintos y tienen tradiciones jurídicas distintas), un formato adecuado aportará claridad sobre la intención y pretensiones de cada una de las partes. Es, además, una práctica que facilita la comprensión de las condiciones bajo las que se someten las partes.

Puntualmente, la **primera recomendación** es que el contrato se haga en un formato de doble columna; en una columna el idioma de una de las partes y en la otra, el idioma de la otra parte. Es decir, que exista una columna para cada uno de los idiomas para que las cláusulas estén en las mismas páginas, en el mismo orden y en ambos idiomas.

Ahora bien, la integración de contratos extensos (más cuando se están redactando en dos idiomas) es una cuestión compleja. Un descuido puede generar contradicciones entre las distintas versiones o diferencias sutiles en cuanto a la interpretación de sus disposiciones. La vaguedad y ambigüedad de las palabras más la carga denotativa asociada a las palabras puede generar diferencias. Es decir, pueden generarse situaciones difíciles que sólo podrían resolverse con otros métodos de interpretación de los contratos. Sin duda, este procedimiento es posible pero generalmente complejo. Dado que ambas versiones tienen el mismo valor, se tendría que buscar la voluntad de las partes y determinar qué texto debe prevalecer sobre el otro. Por ello, esta primera recomendación debe completarse con la inclusión de una cláusula de *Idioma Dominante*. Es decir, debe incluirse una cláusula que establezca que uno de los dos idiomas en uso será el dominante para la interpretación del contrato. En otras palabras, en caso de duda acerca del significado o de la correcta interpretación de las disposiciones del contrato, deberá prevalecer el texto que se encuentre en el idioma predominante.

II. REPRESENTACIÓN

2. Uso de Poderes otorgados en el Extranjero

Generalmente, el primer momento de la ejecución de un contrato estará relacionado con la representación de las partes. Es decir, corroborar si los poderes otorgados a los representantes pueden surtir sus efectos. Aunque este es un tema que varía de una jurisdicción a otra, es muy importante revisar los requerimientos de cada jurisdicción para poder válidamente ejercer un poder.

La segunda recomendación que se hace a quien pretenda ejercitar poderes otorgados en el extranjero es que, antes de empezar con la redacción del contrato, se tenga certeza de qué requerimientos le aplican a ese determinado caso.

Por ejemplo, para poderes otorgados en los Estados Unidos de América que pretendan ser ejercitados en los Estados Unidos Mexicanos, aplicaría el *Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes* (mejor conocido como Protocolo de Washington), que habla de requerimientos de contenido de los poderes, entre otros. A este poder también le aplicaría el *Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros* (mejor conocida como la Convención de la Haya) que establece requerimientos formales para que el documento en donde consta el otorgamiento de los poderes pueda surtir sus efectos.

III. CONTENIDO

La redacción de contratos internacionales no es un tema sencillo. Por el contrario tiene un grado alto de complejidad. El elemento clave, en cuanto al entendimiento de las partes, es que se hable un lenguaje común. Es decir, que ambas partes tengan certeza de sus obligaciones y sus derechos. Es posible redactar un contrato desde cero, sin importar su complejidad. Sin embargo, ayuda mucho al redactor echar mano de los esfuerzos internacionales para la unificación del derecho. Estos esfuerzos se han objetivado en distintos instrumentos (convenciones, protocolos, principios, leyes modelo, etc.) que funcionan de distintas maneras.

La intención de la siguiente sección es enumerar sólo algunos de los esfuerzos más exitosos de unificación de derecho mercantil internacional que mucho ayudan cuando se pretende redactar un contrato internacional. Consideramos que, cuando se pretende vincular a partes con distintas tradiciones jurídicas, es de mucho provecho conocer la legislación de ambas partes y los instrumentos que se han creado precisamente para unificar los contratos comerciales internacionales.

3. CISG

En muchos casos, los contratos internacionales tratan sobre compraventa de mercancías. Para estos contratos, específicamente, es aplicable una convención internacional que regula desde la formación del contrato (pasando por las obligaciones/derechos de las partes) hasta llegar a los remedios y daños a los que tienen acceso las partes en caso de que exista una diferencia. Por eso, **la cuarta recomendación** es que quien redacte un contrato comercial internacional sobre compraventa de mercaderías tiene que manejar adecuadamente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Esta convención, mejor conocida como CISG, por sus siglas en inglés (de *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, o "**CISG**") creada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, mejor conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés (de *United Nations Commission on International Trade Law*, "**UNCITRAL**") fue adoptada inicialmente el 11 de abril de 1980. Hasta este momento, más de 80 Estados la han adoptado y se considera como parte de su derecho.

Ésta convención será aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías celebrados por personas que tengan sus establecimientos en estados diferentes cuando esos Estados sean contratantes o cuando se determine la aplicación de la ley de un Estado contratante. Por supuesto, las partes al contrato también pueden escoger someterse a estas disposiciones aunque los Estados donde se encuentren sus establecimientos comerciales no sean partes de la Convención.

La aplicación de la CISG previene la aplicación de reglas conflictuales de Derecho In-ternacional

Privado y da un fondo normativo común a las partes. Por su naturaleza, la CISG aplicará obligatoriamente (como "*Hard Law*") en los casos correspondientes. Al ser un documento de tal importancia y de aplicación tan amplia, existen muchos casos que se han resuelto en relación con cada uno de sus artículos y hay muchas opiniones expertas sobre los principios que la informan y cómo es que debe ser interpretada y aplicada. La UNCITRAL tiene bibliotecas virtuales con casos, opiniones, análisis específicos, etc. sobre la CISG que pueden consultarse desde cualquier computadora.

La CISG busca la unificación del régimen aplicable a la compraventa internacional de mercancías y establece un régimen moderno, uniforme y equitativo para los contratos. Vale la pena hacer referencia a que esta Convención es considerada cómo el mayor logro legislativo de unificación de derecho comercial internacional y cómo el documento más exitoso de unificación de la ley mercante.

4. UCC

El *Uniform Commercial Code* ("**UCC**") es un texto que fue recomendado a las legislaciones de los distintos estados de Estados Unidos de América ("**EUA**") para armonizar las disposiciones jurídicas que aplicarían a compraventas y otras transacciones mercantiles entre los estados de este país. En sí, el UCC no es aplicable a las operaciones comerciales (se trata de un texto recomendado); sin embargo, los estados han incorporado las disposiciones del UCC a su legislación estatal y, por esa vía, son aplicables.

El UCC se publicó inicialmente en 1952 con la intención de crear un documento que armonizará las disposiciones jurídicas que regularían la celebración de contratos co-merciales en cada los distintos estados de EUA. El UCC permitió a los estados incorpo-rarlo a su legislación con modificaciones para atender circunstancias propias de cada estado y modificar secciones del UCC a su discreción.

La **quinta recomendación** es que si se pretende redactar un contrato comercial internacional en el que participará una persona que tenga su establecimiento en EUA, es muy conveniente conocer el contenido del UCC. Siempre es recomendable conocer las costumbres de la contraparte y la ley que habitualmente aplica a sus transacciones antes de entrar en una negociación con ésta.

5. UNIDROIT

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado ("**UNIDROIT**") se dio a la tarea de crear un conjunto de reglas para facilitar la celebración de contratos comerciales internacionales. El conjunto de reglas fue nombrado "**Principios UNIDROIT**".

Por su naturaleza, los Principios UNIDROIT no son ley aplicable en ningún supuesto; se trata de "*soft law*". Es decir, estos principios sólo serán obligatoriamente aplicables cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. No obstante este sensible impedimento para su aplicación, la gran ventaja de los Principios UNIDROIT radica, irónicamente, en su naturaleza. Su origen netamente mercantil y el nivel de sofisticación de la práctica y opciones para la resolución de controversias que reflejan estos principios tienen mucho que aportar a las negociaciones internacionales. Así, estos principios funcionan como una muy potente herramienta para los contratantes cuando es bien utilizada. Es decir, los Principios pueden auxilian a la interpretación o complementación de instrumentos internacionales o bien de derecho codificado nacional en el contexto de negociaciones internacionales.

La **quinta recomendación** es que cualquiera que quiera redactar un contrato comercial

internacional o que tenga un conflicto que se genere de un contrato internacional tiene que conocer los Principios UNIDROIT.

6. Principios del Derecho Contractual Europeo

En últimas fechas, ha nacido una corriente que pretende unificar el marco normativo que aplica a las operaciones comerciales en Europa. De esta manera, surgieron los Principios del Derecho Contractual Europeo. Estos Principios se inspiran tanto en la CISG como en los Principios UNIDROIT. Al igual que los Principios UNIDROIT, se trata de “*Soft Law*” que pretende dar un marco común a las operaciones mercantiles. En cuanto a contenido, las disposiciones se encuentran en casi el mismo orden que las disposiciones de la CISG y estas son muy parecidas.

Los Principios de Derecho Contractual Europeo abordan los siguientes temas:

- (i) Deberes generales de las Partes;
- (ii) Formación del Contrato;
- (iii) Oferta y Aceptación;
- (iv) Poder de Representación;
- (v) Validez del Contrato;
- (vi) Interpretación;
- (vii) Contenido y Efectos del Contrato;
- (viii) Pago o Cumplimiento;
- (ix) Incumplimiento y derechos en general; y,
- (x) Remedios específicos en caso de incumplimiento.

Si bien este es un esfuerzo incipiente, la **sexta recomendación** es que aquel que pretenda redactar un contrato comercial (en el que una de las partes sea europea) debe conocer el contenido de los Principios de Derecho Contractual Europeo. Son, por definición, una recolección moderna del derecho mercantil que aplica en Europa. Además, la tendencia continúa siendo la unificación de criterios. El derecho no es una excepción.

7. INCOTERMS

La Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) hace algunos años creó sus reglas para el uso de términos comerciales nacionales internacionales, es decir, los INCOTERMS. Estos son términos comerciales establecidos que regulan las condiciones de entrega de mercancías, seguros y transmisión de la propiedad de los bienes. Por ser un esfuerzo privado, los Incoterms sólo serán aplicables si se hace referencia específica a estos.

Si bien estos términos distinguen los distintos tipos de transporte (marítimo, aéreo y terrestre) su función principal es regular la manera o el medio que se va a utilizar para la entrega del bien en cuestión y el lugar donde se entregará la mercancía, así como los costos que genere el fletamento y sus seguros.

La **séptima recomendación** es que siempre que se pretenda hacer una entrega de mercancías internacional, se apliquen los INCOTERMS. Estos términos son bien conocidos mundialmente y su aplicación resuelve muchos problemas. Además, estos términos son actualizados periódicamente. La versión más reciente es la de los INCOTERMS 2010.

Su común aplicación y uso generalizado hacen que exista vasta literatura sobre su uso y muchas opiniones sobre las distintas situaciones que pueden generarse al aplicarlos. Además, la CCI genera criterios regularmente para mejorar la aplicación de los términos y para especificar cómo deben utilizarse.

8. Cláusulas Fundamentales

Por supuesto, el contenido del contrato es el elemento más importante; tiene que establecer de manera clara, concisa y completa los derechos y obligaciones de las partes. Sin importar la naturaleza del contrato, consideramos que todo contrato internacional debe contener tres cláusulas. La **octava recomendación** sería que todo contrato contenga (i) una Cláusula de Ley Aplicable, (ii) una Cláusula de Acuerdo Total y (iii) una Cláusula de Intención de las Partes.

a) Cláusula de Ley Aplicable. Esta cláusula hace referencia a la ley que será aplicable al contrato. Si en un contrato con base nacional esta cláusula es importante, la multiplicidad de puntos de contacto y la diferencia en el origen de las partes hace que ésta sea fundamental en un contrato internacional. La ley aplicable regirá, entre otras, los principios y métodos disponibles para la interpretación del contrato, las obligaciones de cada una de las partes, los derechos de las partes, (en su caso) los remedios disponibles ante un incumplimiento, los daños exigibles y los supuestos en los que se puede pedir la nulidad del contrato.

b) Cláusula de Acuerdo Total. La segunda cláusula fundamental en un contrato internacional hace referencia al acuerdo total de las partes. En ella se hace constar que el contrato constituye la totalidad del acuerdo entre las partes en relación con el objeto del contrato. Lo más común es que una cláusula del contrato exponga que cualquier enmienda o modificaciones al contrato deberán constar por escrito y estar firmadas por ambas partes. Es decir que, salvo pacto en contrario, no hay otro documento al que se pueda recurrir para comprobar el acuerdo entre las partes.

c) Cláusula de Intención de las Partes. La vasta mayoría de las legislaciones nacionales consideran que el criterio último que debe aplicarse para interpretar las disposiciones de un contrato, en caso de duda, será la verdadera intención de las partes. Por ello, es fundamental que los contratos, especialmente los internacionales, contengan un capítulo o cláusula en donde se describa detalladamente cual es el motivo por el cual la parte entra al contrato y que es lo que espera.

IV. RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

9. Arbitraje Institucional

Siempre se pretende que una operación se lleve a cabo de principio a fin sin imprevistos y sin diferencias entre las partes. Sin embargo, no existen garantías de que no existirán problemas. La naturaleza de los contratos internacionales hace que un procedimiento jurisdiccional tradicional sea una opción poco viable para resolver fácilmente una controversia de esta naturaleza. Además, es poco probable que las partes estén de acuerdo en someterse a una jurisdicción que les es completamente ajena. Por lo tanto, la novena recomendación sería:

a) **Primero**, que se establezca, en la cláusula correspondiente, un método alternativo para la resolución de controversias;

b) **Segundo**, que de todos los métodos alternativos de resolución de controversias disponibles, se opte por el arbitraje internacional;

c) **Tercero**, que se opte por resolver la controversia a través de un arbitraje institucional sobre un arbitraje “ad hoc”; y,

d) **Cuarto**, que la redacción de la cláusula de resolución de controversias del contrato esté basada en la cláusula modelo de la institución elegida.

La elección de la institución administradora dependerá de las particularidades del caso y de las preferencias de las partes. Existen muchas instituciones administradoras en todo el mundo y con distintas especialidades. Será encargo del redactor investigar qué reglamento y qué procedimiento se ajusta más a las necesidades de las partes. Sin embargo, consideramos recomendable que, desde el contrato, se designe a la institución administradora y su correspondiente reglamento haciendo uso de la cláusula modelo. La mayoría de las instituciones ponen a disposición del público sus cláusulas modelo para que estas se inserten en los contratos.

10. Arbitraje “Ad hoc”

En cuanto a la resolución de controversias de operaciones internacionales, como se vio en la recomendación anterior, consideramos que el arbitraje institucional es el mejor método alternativo. Sin embargo, las particularidades de ciertos casos hacen conveniente que las partes puedan diseñar el procedimiento, administrarlo a su gusto y escoger como será resuelto. Este procedimiento se llama arbitraje “Ad hoc”. Fuera del derecho que le aplica al procedimiento y a la cláusula arbitral (por la sede del arbitraje) no existen límites a la voluntad de las partes.

Si se trata de alguno de esos casos increíblemente complejos para los cuales un procedimiento estándar sería poco eficiente y no tendría buenos resultados, la **décima recomendación** sería que quien redacte la cláusula arbitral tenga muy a la mano y en consideración los criterios que para tal efecto ha emitido la International Bar Association. Estos criterios, a los que generalmente se les conoce como “*IBA Guidelines*”, tratan de proveer un marco de recomendaciones para quien se encuentre redactando el contrato para ayudarle a redactar cláusulas arbitrales, a establecer los criterios para la representación de las partes en un procedimiento, para establecer el procedimiento para la presentación y desahogo de pruebas, para escoger a los árbitros, etc. Estos lineamientos fueron creados por hábiles especialistas en la materia, existen muchas opiniones sobre su aplicación e interpretación y pueden ser consultados gratuitamente desde cualquier computadora.

LA CONDENA EN abstracto en el arbitraje

Por Mauricio París Cruz ¹

Introducción

Se propone en este artículo una revisión a la práctica no poco frecuente, y en mi criterio inaplicable al arbitraje, de solicitar por parte de los abogados litigantes, y ordenar por parte de los árbitros, condenas en abstracto de daños y perjuicios en materia arbitral, a fin de que éstos sean liquidados en vía judicial mediante el procedimiento de ejecución del laudo. Consideramos que esta práctica presenta varios inconvenientes que acá se esbozarán, y además es incompatible con el arbitraje, y lo judicializa.

La condena en abstracto y los principios arbitrales.

La finalidad última del arbitraje no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto. Las partes, haciendo uso de su derecho fundamental a la autonomía de la voluntad y convienen en una cláusula arbitral para eludir la jurisdicción común, no sólo por el tiempo que ella conlleva, sino por las normas procedimentales que aplica. Para todos es conocido que el arbitraje es costoso, y además implica una renuncia muy importante: la de la jurisdicción común, que en Costa Rica implica la posibilidad de que la decisión de primera instancia sea revisada en dos instancias más, para un total de 9 jueces distintos revisando un conflicto, al menos en asuntos de mayor cuantía y sujetos al recurso de casación. El laudo debe dictarse dentro del plazo reglamentario o legal respectivo², precisamente para garantizar una resolución pronta, y como garantía de ello se sanciona con nulidad el laudo dictado fuera del plazo³.

La práctica de solicitar y conceder condenas en abstracto tiene una evidente raíz judicial, ya que en la jurisdicción común es frecuente echar mano a esta solución, que de hecho está prevista en el artículo 156 del Código Procesal Civil, que al respecto dispone:

Artículo 156.- Frutos, intereses, daños o perjuicios. Cuando la sentencia contuviere condena al pago de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe si hubiere datos suficientes; de lo contrario, si constare la existencia de esos extremos pero no su cuantía o extensión, se establecerá la condena en abstracto, a reserva de fijar su importe al ejecutar la sentencia, señalando, si fuere posible, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

Se podría interpretar que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 39 in fine de la Ley RAC, en tanto dispone que las normas procesales de la legislación costarricense integrarán, en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral. Ya en otro momento y lugar hemos denunciado el recurso indiscriminado de esta norma en el arbitraje doméstico costarricense, que ha terminado convirtiéndolo en un ordinario privado, y consideramos que la condena en abstracto en el arbitraje es otro de los casos en donde la aplicación automática del Código Procesal Civil riñe abiertamente con los principios del arbitraje y en especial con la autonomía de la voluntad, y por ende hace que el coste del arbitraje y la renuncia al control jurisdiccional que comentamos antes, pierdan todo sentido cuando a las partes, a contrapelo de su decisión de someter su conflicto a la decisión de uno o varios árbitros, se les obliga a acudir a la vía judicial a continuar una disputa que debió resolverse definitivamente en el laudo.

Piénsese además que, con el dictado del laudo el tribunal arbitral recibe sus honorarios, y el centro arbitral (en caso de un arbitraje institucional) cobra sus gastos de administración, pero si existe una condena en abstracto se remite a las partes a incurrir en más costos y costas, y a invertir más tiempo en una liquidación judicial, que muchas veces toma varios años. Es decir, un conflicto aún no resuelto, o resuelto a medias, es cobrado en su totalidad, y además termina sumando un caso más al circulante judicial, para que un juez de la República tenga que interpretar lo que el Tribunal quiso decir en su laudo.

Al respecto se ha afirmado:

“Razones de costos, tiempo, especialidad y confianza,

hacen que la discusión deba mantenerse en sede arbitral y no derivarla a la jurisdicción ordinaria, en donde el juez, no conocedor del tema en particular laudado, sea por lo técnico o particular del caso, tendrá que internalizar en su intelecto la materia definida y los términos de ejecución en atención a esa definición, con la consecuente demora propia de la sobrecarga procesal de los juzgados y con el riesgo del poco conocimiento que pudiera tener sobre la materia en ejecución⁵.”

En palabras del Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España:

“... el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable, y de ahí la formulación del principio de exclusión de la intervención judicial: si el mismo no se aceptase no tendría razón de ser el arbitraje comercial internacional, pues los inconvenientes que puede plantear la renuncia a la jurisdicción ordinaria no quedarían compensados por los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución⁶.”

Precisamente por las razones antes expuestas el artículo 58 de la Ley de resolución alterna de conflictos – en lo sucesivo Ley RAC- es claro al decir que el laudo será **definitivo**, y una vez dictado, producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora. Si el laudo no es definitivo, no puede producir los efectos de cosa juzgada material, y las partes no pueden cumplirlo sin demora.

Uno de los principios arbitrales que más ha defendido la Sala Primera de la Corte Suprema Justicia al resolver sobre materia arbitral ha sido el Principio de mínima intervención judicial. En virtud de dicho Principio, la participación de la jurisdicción común se limita fundamentalmente a los siguientes aspectos:

- i)Nombramiento de árbitros (Art. 27 Ley RAC).
- ii)Resolver el recurso de apelación en materia de competencia (Art. 38 Ley RAC).
- iii)Auxilio judicial en el dictado de medidas cautelares (Art. 52 Código Procesal Civil).
- iv)Auxilio judicial para recabar datos o solicitar auxilio

de cualquier autoridad (Art. 12 párrafo primero Código Procesal Civil).

v) Ejecutar las resoluciones legalmente dictadas por los árbitros (Art. 12 párrafo segundo Código Procesal Civil).

vi) Resolver los recursos de nulidad y revisión contra el laudo (Arts. 64 y 65 Ley RAC).

vii) Otorgar el reconocimiento y facilitar la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero (Art. 705 Código Procesal Civil, 54 Ley Orgánica del Poder Judicial y Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales).

No puede ni debe entonces el sistema judicial, intervenir en ningún aspecto adicional a los antes mencionados, o a cualquier otro que expresamente no esté contemplado en una norma imperativa. Así lo dice con meridiana claridad el artículo 5 de la Ley de arbitraje comercial internacional No. 8937 – en lo sucesivo Ley Modelo-: *En los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.*

En consecuencia, en nuestro ordenamiento, no se les concede a los jueces de la República facultades de liquidar ni fijar una condena arbitral en abstracto, ni tampoco de coadyuvar a los árbitros en el mandato contractual que les otorgaron las partes en la cláusula arbitral para poner fin a la controversia.

Desde luego que acá lo que nos interesa entonces es delimitar qué implica la facultad de *ejecutar las resoluciones legalmente dictadas por los árbitros*, en los términos del artículo 12 del Código Procesal Civil.

Dice el Diccionario de la Real Academia que ejecutar es *Desempeñar con arte y facilidad algo, mientras liquidar es Hacer el ajuste formal de una cuenta*. Ambas palabras no son sinónimas. Pero la respuesta a esta interrogante nos ha de llevar más allá de un análisis sintáctico.

Las facultades de ejecución que tiene el Poder Judicial en materia arbitral tienen que ver exclusivamente con el ejercicio de una potestad reservada a dicho órgano: el *ius imperium*, es decir la ejecución forzosa de las resoluciones legalmente vinculantes, como los laudos, haciendo uso del monopolio de la fuerza con que cuenta el Estado. Es decir, la potestad en este punto no es de

auxilio o asistencia a la hora de resolver la controversia, ni de dictar un laudo en coautoría, sino simplemente de ejecutar una resolución dictada por el tribunal arbitral. Así por ejemplo se ha afirmado:

“Se subraya, en suma, que el ejercicio de la función judicial en relación con el arbitraje no implica una sustitución de las facultades de los árbitros, sino un apoyo para su ejercicio cifrado en la resolución de las cuestiones procedimentales que escapan a sus facultades o al poder de disposición de las partes, en la adopción de medidas cautelares o ejecutivas o medios de prueba para garantizar el buen fin del laudo y en el control de la regularidad formal y externa del mismo (...) El arbitraje requiere una especial tutela jurisdiccional a lo largo de su recorrido, pero la intervención de los tribunales es esencial para garantizar su eficacia cuando se trata de obtener su cumplimiento por medios coactivos monopolizados por el poder del Estado. El sistema de ejecución del laudo constituye el centro de gravedad de la protección jurisdiccional que debe dispensársele para su eficacia. En consecuencia, el acuerdo de resolver definitivamente la controversia por vía de arbitraje debe interpretarse en el sentido de que las partes consienten la llamada ejecución automática, cláusula contenida en muchos acuerdos de arbitraje en los Estados Unidos⁷.”

La ejecución automática antes mencionada, no es otra cosa más que la disposición contenida en el artículo 58 de la Ley RAC, en cuanto obliga a las partes a acatar el laudo sin demora, lo cual nuevamente se frustra si el laudo requiere una liquidación no prevista en nuestra legislación.

Conviene traer a colación el derecho comparado, por ejemplo, el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española –en lo sucesivo LEC- regula lo que en dicho país se denomina *sentencia con reserva de liquidación*, que es nuestro equivalente a una condena en abstracto. Dice la norma:

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, **no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que**

pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, **que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.**

3. Fuera de los casos anteriores, **no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución.** No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos **cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.**

Esta norma procesal española se fundamenta en un principio totalmente aplicable a nuestro artículo 156 del Código Procesal Civil, en tanto la condena con reserva de liquidación o en abstracto, tanto en España como en Costa Rica, debe contener las bases a fin de que la ejecución consista en una simple operación aritmética⁸. No debe el juez de ejecución entrar a recabar prueba, a valorarla ni tampoco a juzgar nuevamente el fondo del asunto, si quiera superficialmente. En ese sentido, refiriéndose eso sí a un proceso judicial, ha dicho esta Sala:

“La posibilidad de condenar en abstracto no exime al actor del deber de concretar en qué consisten los daños y perjuicios que se reclaman y realizar su estimación. Pues la condenatoria en abstracto se refiere solo al caso de que no existan datos suficientes para fijar su importe, cuantía o extensión de los daños⁹.”

Se ha planteado en España la discusión de si el laudo con reserva de liquidación es sujeto del proceso de ejecución, concluyéndose que sería aplicable a éste el presupuesto del inciso 3) del artículo 219 de la LEC, antes transcrito, en tanto obligaría a sustanciar un nuevo pleito, es decir, acudir a un proceso declarativo o arbitral. Al respecto, citamos:

“Por lo que respecta al segundo interrogante planteado (si el art. 219.3 LEC es aplicable también a los laudos arbitrales), puesto que el precepto no establece limitación expresa al respecto, ello podría hacer pensar en una respuesta negativa y, por tanto, en que en fase de ejecución pudieran llevarse a cabo las correspondientes operaciones de liquidación del laudo arbitral. **Lo cierto en que nos encontraríamos en este caso ante una resolución de condena carente de eficacia ejecutiva como consecuencia de su iliquidez, por lo que no podría iniciarse la ejecución forzosa y no podría liquidarse, por tanto, de acuerdo con el procedimiento previsto en los arts. 712 y ss LEC.** [Se trata del proceso equivalente a la ejecución de sentencia] Se plantea el problema, pues, de determinar cuál es el mecanismo adecuado para su liquidación. **Por ello, considero que la reserva de liquidación prevista en el art. 219.3 LEC es también aplicable a los laudos, de modo tal que ante una resolución arbitral ilíquida cabría, bien acudir a un proceso declarativo para proceder a su liquidación, bien acudir a un nuevo arbitraje para discutir exclusivamente acerca de la determinación de la condena¹⁰.”**

Entonces, el principal problema es la práctica no infrecuente de dictar condenas que no implican al juez de ejecución una simple operación aritmética, ya que en esos casos **¿Bajo qué criterios podrá el juez de ejecución fijar la condenatoria? Sobre todo en aquellos casos en donde** la discusión implica producción de prueba pericial o documental, por lo que lejos de ser una simple operación aritmética, se trata de la continuación de un debate no precluido, y requiere una definición que no puede concederse en dicha sede, como acertadamente se ha indicado:

“Por otro lado, universalmente se considera tanto a los procesos de cognición como los procesos de ejecución, los dos pilares sobre los que se construye la dinámica procesal; en el primer supuesto (procesos de cognición) nos encontramos con los conflictos que buscan definirse, que buscan se reparta los derechos en conflicto; en cambio los procesos de ejecución no buscan ninguna definición, pues las prestaciones ya han sido definidas anteladamente (sic), sea a través de la sentencia de condena o por acuerdo de partes, de ahí que se considere que el título es vital para la ejecución, pues, sin título no hay ejecución¹¹.” La condena abstracta puede

constituirse también en una fórmula perfecta para burlar la ultra petita, ya que puede darse el caso de que la petitoria a unos daños y perjuicios en la demanda arbitral tuviera un límite, pero que el tribunal arbitral condene en abstracto a tales extremos y remita a la parte vencedora a ir a una ejecución de sentencia a procurar demostrar lo que no pudo, o no quiso demostrar en el proceso arbitral, sin fijar tan siquiera ese monto peticionado como tope a esos daños y perjuicios, esto implica que se podría perfectamente burlar la ultra petita si en el proceso de ejecución de sentencia se llega a fijar un monto superior como indemnización. Es una suerte de ultra petita delegada, que sólo ayuda a contribuir a la inseguridad jurídica derivada de esta práctica judicializadora.

El motivo por el cual se llega a dictar una condena en abstracto también debe analizarse en detalle. Usualmente se llega a esa situación por inactividad procesal en la producción de prueba adecuada que liquide los daños, siendo que el litigante se enfoca principalmente en demostrar la existencia del daño o del perjuicio, descuidando la prueba sobre su liquidación y extensión. En este caso, la condena en abstracto es aún más reprochable en tanto consiste en una segunda oportunidad para la parte vencedora de producir la prueba que no quiso o no pudo producir en el proceso arbitral.

Una solución factible y acorde con los principios arbitrales podría ser la bifurcación del procedimiento¹², en donde las partes acuerden al inicio del proceso, o el tribunal así lo determine, separar la discusión en dos etapas: una primera en donde se discuta la existencia del daño o del perjuicio, y una segunda (sujeta a dicha existencia), en donde se liquide su importe¹³.

Por último, es interesante el ejercicio de imaginar un laudo que, dictado en Costa Rica incluya una condenatoria en abstracto, y deba ejecutarse en otro país. Es interesante pensar si la liquidación tendría que realizarse o no en Costa Rica, o si podría presentarse en el país en donde la ejecución del laudo se solicite. En cualquier caso, aun cuando el proceso de liquidación de dicha condena se realice en Costa Rica, si el laudo se debe ejecutar en otro país, la sentencia judicial que lo liquida no sería un laudo, sino una sentencia judicial, por lo que no aplicarían los extremos de la Convención de Nueva York sobre la ejecución de las sentencias arbitrales, así que debería realizarse el trámite de exequátur de una sentencia judicial

ordinaria, con las complejidades que esto conlleva. Sin duda el tema ofrece múltiples aristas que no pueden ser abarcadas en este artículo por motivos de espacio.

A manera de conclusión.

La participación del Poder Judicial en la ejecución del laudo se limita a garantizar su eficacia, no a adicionarlo, ampliarlo o liquidarlo. Es deseable que, como parte del proceso de depuración y sofisticación que debe sufrir el arbitraje en Costa Rica, se erradique la costumbre de otorgar condenas en abstracto en los laudos arbitrales. En esta labor, es necesario que los abogados litigantes eviten incluir pretensiones de ese tipo, y propongan la producción de prueba que liquide los daños y perjuicios; asimismo, es necesario que los árbitros rechacen estas pretensiones en caso de que se les soliciten, y cumplan su deber de liquidar todos los extremos cuando cuenten con información en el expediente, o propongan a las partes considerar bifurcar el procedimiento. Por último, la labor de la Sala Primera, como unificadora de la jurisprudencia arbitral, es sumamente importante en tanto en los casos que sea necesario, anule las condenatorias en abstracto que no se limiten a simples operaciones aritméticas.

¹ El autor cuenta con una maestría en asesoría jurídica de empresa en la Universidad Carlos III de Madrid, y cursó el programa de arbitraje comercial internacional del Instituto de Empresa. Es socio del bufete Expertis GHP Abogados. Email: mparis@expertislegal.com

² Según se trate de un arbitraje institucional o ad hoc.

³ Dicha nulidad aplica únicamente para el arbitraje doméstico, de conformidad con las disposiciones del artículo 67 inciso a de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social No. 7727. La Ley sobre arbitraje comercial internacional, No. 8937 no incluye dentro de las causales de nulidad el hecho de que el laudo se haya dictado fuera del plazo. Consideramos que en efecto, el plazo para el dictado del laudo debería ser ordenatorio y no perentorio, y su inobservancia debería estar más relacionada con la responsabilidad de los árbitros que con la eficacia del laudo para poner fin al conflicto.

⁴ Para un análisis detallado de este tema consúltese: PARÍS CRUZ, Mauricio: "El necesario divorcio entre el Código Procesal Civil y el arbitraje comercial". En: Revista Judicial No. 109. Disponible en línea en el siguiente enlace: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/Revista%20109/PDFs/08_necesario_divorcio.pdf

⁵ LEDESMA NARVAEZ, Marianella: "¿El laudo pone fin al proceso arbitral? En: Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Palestra Editores, Vol. No. 5. Lima, Perú, 2008. Págs. 17 – 48.

⁶ XIOL RÍOS, Juan Antonio: "El arbitraje y los tribunales de justicia". Ponencia tomada del sitio web: http://www.clubarbitraje.com/files/docs/ponencia_xiol.pdf

⁷ XIOL RÍOS, Juan Antonio: "Notas sobre la ejecución de los laudos arbitrales". En: Revista del Club Español del Arbitraje No. 5-2009. Págs. 93 a 109.

⁸ Un ejemplo de una simple operación aritmética podría ser la liquidación de costas en el arbitraje doméstico, en donde la tarifa está tasada en el Arancel de Honorarios del Colegio de Abogados. Sin embargo, por economía procesal es innecesario que el tribunal arbitral haga que las partes acudan a un proceso de ejecución de laudo únicamente a liquidar un rubro que debe ser liquidado en el propio laudo. Por suerte, en nuestra experiencia, en los últimos años los tribunales han optado mayoritariamente por incluir en el laudo una liquidación de las costas personales y procesales.

⁹ Sala Primera, Votos No. 774-2003, de 20 de noviembre y 127-1996 de 13 de enero.

¹⁰ FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes: "Notas sobre las sentencias con reserva de liquidación". En: Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil. No 26, Abril 2006, Págs. 17 a 29.

¹¹ LEDESMA NARVAEZ, Óp. Cit. Pág. 32.

¹² Sobre el tema puede consultarse: DE NADAL, Elisabeth: "Bifurcación del procedimiento arbitral y laudos arbitrales. Estrategia y eficiencia". En: Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa. Ed. Difusión Jurídica, 2011. Págs. 127 a 138.

¹³ La bifurcación del proceso es un tema muy interesante que no se desarrolla en este artículo por motivos de espacio. Sería muy deseable que los distintos centros de arbitraje del país incluyeran normas al respecto que permitan al tribunal su aplicación aun cuando no exista acuerdo entre partes. También debe tomarse en consideración que estaríamos en presencia de un proceso que eventualmente podría implicar dos laudos parciales, ambos sujetos al recurso de nulidad, uno con relación a la existencia del daño o perjuicio, y otro con relación a su liquidación.

ARBITRAJE Y empresa familiar

Por Francisco González de Cossío*

I. INTRODUCCIÓN

Las empresas familiares sufren de problemas especiales, adicionales a los problemas que cotidianamente viven los negocios en general. De allí que esta materia esté mundialmente cobrando fuerza.

Recientemente fui confiado la solución de problemas que involucraron una familia plagada de afrentas serias¹, y que de su correcta canalización dependía no sólo la armonía familiar, sino la salud (inclusive vida) de un par de negocios importantes.

Es un motivo de satisfacción para mi divulgar que logré solucionar muchos de los problemas que aquejaban, y encausar aquellos que podrían surgir en el futuro². Dicha satisfacción me motiva a escribir este ensayo con el afán de compartir cómo tanto el arbitraje como otros mecanismos alternativos de solución de controversias (“MASC”) fueron utilizados para lograr dicho resultado.

II. LA EMPRESA FAMILIAR COMO CALDO DE CULTIVO DE PROBLEMAS SERIOS

El ángulo jurídico de la disciplina de la empresa familiar es interesante y difícil. No sólo eso, detecto que está subestimado y subutilizado.

Es *interesante* pues las aristas que suscita contienen un componente tanto técnico como humano: la utilización de herramientas legales para resolver problemas *humanos* serios, con implicaciones pragmáticas. Ello explica que sea *difícil*: los problemas que uno enfrenta son con frecuencia emocionalmente delicados y acendrados, con raíces profundas revestidas de emoción.

Finalmente, observo que la materia es altamente descuidada por empresas y familias—inclusive sofisticadas. En toda mi experiencia profesional sólo he sabido de una empresa que maneja inteligentemente este tema. Dicho ejemplo brilla ante el contraste de la regla: la mayoría de las empresas mexicanas muestran elementos de la “empresa familiar”³. Y con frecuencia los problemas que ello detona son serios y de manejo delicado.

La experiencia enseña que la esencia de la problemática deriva del traslape de tres universos. El primero es el componente de negocio. El segundo es el de propiedad, lo cual no siempre coincide con su administración. El tercero es el núcleo familiar. Y cada uno tiene su problemática específica. Al juntarlos lo que se observa con frecuencia es un triple reto a enfrentar para resolver cualquier problema que aqueje. De allí que un reconocido experto mundial en este tema los exprese de la siguiente manera⁴:



Dicho triple traslape es caldo de cultivo de problemas—y serios. Tales, que en ausencia de un *método*⁵ para encausarlos, su solución con frecuencia es difícil y dolorosa—además de onerosa.

III. EL ARBITRAJE Y LOS MASC COMO HERRAMIENTAS

La ciencia jurídica ha ideado herramientas diversas que son de utilidad para resolver problemas de empresa familiar. A continuación se resumirán⁶.

A. NEGOCIACIÓN

Puede cuestionarse si la negociación es un mecanismo *jurídico*. Después de todo, no ofrece un mecanismo exógeno y coactivo a la negativa de una de las partes a negociar o, habiendo negociado, aceptar la respuesta más sensata (o ‘justa’). El motivo por el que lo cito obedece a su utilidad cuando se usa y la frecuencia con la que se contiene como parte de esquemas de contratación y solución de controversias. *Ex hypothesi*, si las partes *voluntariamente* aceptan una solución, será siempre más eficiente que una impuesta por un tercero⁷.

³ Cualquiera que sea el criterio que uno adopte para caracterizar a un negocio como “familiar”. (Existen varios, así como debate sobre cuál es el más apropiado. Por ejemplo, hay quien dice que una empresa es ‘familiar’ cuando existe tanto propiedad, administración como control de personas atadas por vínculos de parentesco. Otro criterio es la existencia de un deseo de continuidad con la siguiente generación.)

⁴ Mi querido maestro, John Davis, en GENERATION TO GENERATION, LIFE CYCLES OF THE FAMILY BUSINESS, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts, 1997, p. 6. Dicho enfoque es repetido en un excelente libro sobre el tema: Imanol Belausteguigoitia Rius, EMPRESAS FAMILIARES, McGraw Hill, México, D.F., 2a ed., 2003, p. 28. En un libro en ciernes, el Maestro José De Jesús Galván Kirsch ha vertidos sus reflexiones y experiencias después de décadas de dar esta materia en posgrados en la Universidad Iberoamericana y de manejar él mismo una empresa familiar.

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro, mediador y experto en arbitraje.

¹ Que no detallo por respeto a mi deber de confidencialidad. Sólo mencionaré que los problemas son tales que si los contara, estoy convencido que el lector no solo mostraría asombro sino incredulidad.

² Si el lector considera que estoy presumiendo, tendría que admitir que tiene razón. Pero estoy seguro que si el lector supiera los hechos, estaría de acuerdo que el logro es digno de presumirse.

La utilización de la negociación en problemas familiares es recomendable pues brinda un doble valor. Primero, una solución derivada de un método adversarial puede ser altamente dañina para una relación como la familiar y de negocio que tiende a ser de larga duración. Inclusive, no es difícil pensar en casos en que “ganando se pierda”, dado el efecto corrosivo en la relación que puede propiciar una decisión que le da la razón a uno por encima de otro⁸.

La negociación es proclive a lograr una mejor solución que aquella que, proviniendo de un tercero, se centre en *derechos*, no *intereses*. Además, preserva relaciones. Esto último merece énfasis. Los mecanismos legales proveen soluciones legales. Si bien obvio, ello merece recalcar en este tema pues si miembros de una familia recurren a herramientas legales para resolver sus problemas, es factible que al final de la cruzada obtengan decisiones que no sacien sus necesidades o deseos. Dicho *counterfactual* debe ser siempre tomado en cuenta por quien enfrente un problema familiar.

B. MEDIACIÓN

Existe una (insípida⁹) diferencia de opinión sobre lo que diferencia a la mediación de la conciliación. En este contexto entenderé por ‘mediación’ como ‘negociación asistida’. Es decir, el mecanismo mediante el cual un tercero ayuda a las partes a que *ellas mismas* solucionen su problema. El mediador no hace sugerencia de solución. Y por ‘conciliación’ me refiero al ejercicio que permite al conciliador sugerir la solución, sin que sea obligatoria¹⁰.

Entendido así, el valor agregado de la mediación es que un tercero desinteresado que conoce la *verdadera*¹¹ postura de las partes y sus intereses (no derechos), puede indicar si vale la pena que continúen invirtiendo recursos en una negociación o mediación o si lo que más conviene es que acudan a un mecanismo adversarial (litigio o arbitraje) a resolver su problema.

Y la utilidad del mecanismo continúa inclusive en casos de fracaso. Aún si el mediador sugiere que no pierdan su tiempo y que acudan al arbitraje, el valor generado a las partes es que tienen la certeza que la decisión es sensata—no el producto de un fracaso de comunicación o dejarse llevar por las estrategias y psicologías que la negociación o mediación detona, y que evitan un resultado más eficiente¹².

C. CONCILIACIÓN

Como se indicó, el conciliador puede hacer sugerencias de transacción. El valor que el mecanismo aporta, además de aquél ofrecido por la mediación, es doble. Primero, velocidad. Segundo, evita tener que conocer el motivo de la solución, lo cual puede desincentivarla.

Gracias a que un tercero hace una sugerencia que cae dentro del común denominador de intereses de las partes, da a cada una lo que le interesa sin divulgar porqué. Por motivos diversos, ello puede facilitar la transacción¹³.

D. ARBITRAJE

Las virtudes del arbitraje lo han hecho exitoso en áreas diversas¹⁴. Resaltan las siguientes: especialidad y eficiencia.

El Derecho Arbitral se nutre de las lecciones aprendidas durante décadas (no, siglos) por tribunales internacionales que han logrado confeccionar un *modus operandi* adjetivo que deja de lado la procesalitis y formalismos, privilegiando soluciones adecuadas, costo-eficientes y confiables, evitando los voluminosos regímenes procesales tan proclives a trucos y ‘burocracia’ procesal que hace que el medio cobre más importancia que el fin. Se trata de un cuerpo normativo sofisticado y esbelto que evita trampas, genera incentivos correctos y deposita confianza en el juzgador¹⁵. Es eficiente y confiable. El valor que ofrece el arbitraje es que permite que un experto neutral le dedique el tiempo necesario¹⁶ a resolver en forma adecuada¹⁷ una disputa.

Entendido lo anterior, el valor que el arbitraje puede ofrecer en materia de empresa familiar es triple. Primero, **calidad**: la decisión a la que se arribe será fruto de un análisis cuidadoso por la persona elegida como árbitro. Segundo, **especialidad**: cuando en presencia de un esquema de negocios complejo, el árbitro podrá resolverlo más adecuadamente que si se encauzara a litigio. A los tribunales ordinarios. Tercero, **finalidad**: la decisión del árbitro es final. No es objeto de apelación. (Dicho sea de paso, ello arroja un cuarto beneficio: **temporalidad**. Se trata de decisiones mucho más veloces que las obtenidas en litigio ordinario.)

⁵ Aludo a método pues lo mejor que puede darse a empresas y familias en dichas circunstancias no es una solución, sino un método. El motivo no solo es el viejo adagio confuciano (“No me des un pescado, enséñame a pescar”), sino el que una solución hoy puede no ser suficiente mañana. La realidad es dinámica, como lo son los negocios. Para remediarlo, debe existir un método igualmente dinámico.

⁶ Su régimen no se agota. De desearse abundar, puede consultarse González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 3a edición, 2011.

⁷ La aseveración puede despertar diferencias. Por ejemplo, pueden citarse los casos en que una parte acepte una oferta ventajosa de su contraparte que tiene una mejor situación de negociación, y cuyo resultado no es ‘justo’. Apropiada la mayor cantidad de valor a favor del oferente. Sin embargo, sigue siendo mejor que una respuesta legalista, suma-cero, impuesta por un tercero. Si no, por definición, no lo hubiera aceptado.

⁸ Tan importante es dicha verdad, que Belausteguigoitia advierte que “El litigio y el arbitraje suelen generar una mayor destrucción de los negocios y de las relaciones interpersonales”. (op. cit., p. 128) es por ello que dicho autor recomienda la mediación en este tema.

⁹ El adjetivo obedece a que no aporta nada. Lo que importa no es la nomenclatura sino el valor que de cada uno confiere, comprendida su diferencia. Es a ello a lo que me refiero.

¹⁰ No abundaré sobre porqué los considero así. De desear hacerlo, ver ARBITRAJE, ob cit y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE SU DESARROLLO, Revista de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 213 y Ars Iuris, 30, 2003, p. 39.

¹¹ El adjetivo es importante. Las partes en disputa con frecuencia sobre-exponen su postura con la finalidad de obtener ventajas tácticas y de negociación. Dicha (natural) tendencia tiende a complicar la solución del problema. El ejercicio de caucus permite al mediador conocer la verdadera postura de las partes y percibir si existe un común denominador que sirva de puente de solución de la controversia.

¹² El motivo por el cual es más eficiente es explicado en CRÓNICA DE ÉXITO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: RESULTADOS EMPÍRICOS DE UN MODELO en Uribarri Carpintero, Gonzalo, ACCESO A LA JUSTICIA ALTERNATIVA. LA REFORMA AL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL, Ed. Porrúa, México, D.F., 2010 (visible también en www.gdca.com.mx/publicaciones/varios).

¹³ Piénsese por ejemplo en el caso que aceptar cierta postura como resultado de la negociación podría comunicar las preferencias de dicha parte, dando una ventaja a la contraparte. Otro motivo es que evita tener que decidir quién tiene razón: algo que puede innecesariamente complicar o evitar una solución. Otro ejemplo es el caso en que aceptar algo pueda llevar implícita una admisión que, de seguirse un procedimiento adversarial, sería considerado responsable. Aun y cuando el procedimiento no se siga, es entendible que una parte prefiera no comunicarlo. Después de todo, los hechos dicen más que las palabras.

¹⁴ En ARBITRAJE Y LA JUDICATURA (Ed. Porrúa, México, D.F., 2007, p. 192 et seq) se hace un recuento de temas complejos y problemas sociales serios que han sido solucionados mediante el arbitraje.

¹⁵ Pues el juzgador es escogido por las partes.

¹⁶ Por definición, los tribunales tienen tiempo limitado para conocer de las controversias. Por más onerosa o compleja que sea, el juzgador ve la misma como ve el resto de los expedientes en su oficina: como un pendiente que debe resolver dedicándole la menor cantidad de tiempo posible.

¹⁷ El adjetivo se extiende tanto al contenido como tiempo. Y ello es una función que se conjuga de formas distintas atendiendo al caso. En ocasiones, las partes necesitan una respuesta rápida. En otras ocasiones, el tiempo no es tan importante como lo es su contenido. El arbitraje se adecua a las necesidades de cada caso.

E. EXPERTISE

Los procedimientos de expertos permiten obtener una solución a una diferencia que divide a las partes sobre un tema técnico, no necesariamente jurídico. El valor que dan es que canalizan la solución de una controversia a la persona mejor situada para resolverla: el connoisseur.

En el contexto de una empresa familiar, de existir una diferencia sobre una cuestión técnica, en lugar de seguir todo un proceso, puede pedirse la opinión de un experto para poner fin a dicha diferencia. Un ejemplo que he frecuentemente enfrentado es el valor de la participación¹⁸ de un familiar que desea “divorciarse” del negocio familiar. Ésta situación genera con frecuencia una triple problemática. Primero, el valor exacto de una empresa es objeto de diferencia de opinión. Segundo, los incentivos que se detonan dificultan su definición¹⁹. Tercero, el régimen legal aplicable es ambiguo y genera una ventaja a quienes permanecen²⁰.

Ante lo anterior, una opción útil es designar a un experto en valuación y pactar que lo que sea que él considere que es el valor de la empresa será aplicable al monto que se deberá pagar al socio que parte²¹.

F. ADAPTACIÓN DE CONTRATOS

La adaptación de contratos es la facultad que se da a un tercero de colmar lagunas que el contrato pueda presentar durante su vigencia²². El trasfondo es interesante. *La ratio* de la facultad parte de la premisa que la situación económica que llevó a las partes a contratar puede cambiar—y con frecuencia cambia. Ante ello, el principio de obligatoriedad e intangibilidad de los contratos puede ser (económicamente) miope—además de asfixiante²³. Y no es inusual ver que, ante la camisa de fuerza de un contrato, un cambio económico puede resultar en forzar el incumplimiento del contrato, sea por imposibilidad o excesiva onerosidad²⁴. De allí que ciertos cuerpos legales contemplen soluciones²⁵.

Seguramente el lector está pensando que el principio que (implícitamente) estoy cuestionando cumple una función importante²⁶, y que si a las partes no les gusta, siempre tienen la opción de regularlo²⁷. Estando la opción disponible *ex contractu*, adoptarlo *ex lege* puede tener el (grave) efecto de desestabilizar los cimientos de las relaciones contractuales.

A ello tendría que contestar que estoy de acuerdo. Pero mi punto es otro. En ciertos contratos (incluyendo los que involucren negocios entre familiares²⁸), la facultad puede ser valiosa, particularmente si se compara con la opción. El *statu quo de pacta sunt servanda* es que, de ocurrir un evento como los descritos, el resultado es que *alguien* pierde. ¿Quién? ¿Es imposible saberlo *a priori*? Ante ello, la ausencia de *rebus sic stantibus* hace las veces de un volado²⁹. Y no tiene que ser así. Las partes pueden evitar dicho riesgo si se deposita la facultad en un tercero (cuidadosamente seleccionado) para que ‘adapte’ su contrato al (nuevo) presente, procurando el mismo equilibrio económico que las partes pactaron *ab initio*.

Hasta hace poco, nunca había visto que en México se utilice esta facultad³⁰. Y en cambio he participado en muchos casos en los que hubiera convenido no sólo a quien ‘perdió el volado’ del imprevisto, sino a ambas partes³¹.

El valor que este mecanismo brinda en materia de empresa familiar es doble. Primero, evita el “volado” al que he aludido, que puede ser altamente disruptivo para una empresa familiar. Segundo, imbuye en la relación familiar y de negocios un mecanismo que la adapte a las futuras eventualidades imprevistas. La utilidad de ello se percibe si se considera que las relaciones de derivan de una empresa familiar son *in natura* a largo plazo.

IV. CONCLUSION

El arbitraje y los mecanismos alternativos de solución de disputas son herramientas legales que ofrecen una solución inteligente, sofisticada y—si se usan bien—costo-eficiente para encarar, resolver y encausar problemas derivados del fenómeno de la empresa familiar. Quien no lo asimile y use, lo hace en su detrimento.

¹⁸ Por ejemplo, de la parte social (en el caso de una sociedad civil o una sociedad de responsabilidad limitada) o de las acciones (en caso de una sociedad anónima).

¹⁹ El socio que parte tendrá el (natural) incentivo de sobrevaluar el valor de la empresa (y por ende su rebanada de la misma). Los socios que conservan la empresa tendrán el (también natural) incentivo de subvaluar el valor de la empresa a efecto de pagar la menor cantidad posible al socio que parte.

²⁰ La aseveración es aplicable tanto al derecho de retiro como el de separación. El artículo 206 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (“LGSM”) contempla el derecho de separación en ciertos casos específicos. El artículo 220 de la LGSM contempla el derecho de retiro con respecto a la parte variable del capital social de una sociedad anónima de capital variable. Mientras que el régimen *ex lege* del derecho de retiro sólo alude a la forma a ejercerse (“notificación fehaciente”), el régimen del derecho de separación indica que debe ser “en proporción al activo social”. Lo que es más, el artículo 221 de la LGSM alude al derecho de separación en el contexto del derecho de retiro. Mucho puede decirse sobre lo anterior, incluyendo que existe algo de jurisprudencia al respecto. En este contexto deseo sólo subrayar que quien lleve la administración tendrá el sartén por el mango (máxime dada la facilidad con la que puede “ajustarse” la situación contable para acomodar sus intereses si es que tiene el control sea de iure o de facto). Si se toma en cuenta que muchas de las empresas familiares involucran a socios pasivos, y que éstos son los más proclives a desear dejar de formar parte del clan, el régimen aplicable no ofrece una solución y mucho menos una protección adecuada. Las fichas están puestas para invitar abuso de la mayoría sin que la minoría pueda hacer mucho al respecto.

²¹ Pactando por ejemplo que el valor de la empresa que determine dicho experto será dividido entre el número de acciones de la sociedad, y que el pago al socio que parte será el resultado de multiplicar dicho valor unitario por el monto de acciones que ostenta el socio que parte. *Mutatis mutandis*, lo mismo puede hacerse con una parte social tomando como base el valor de la misma *viz* el valor de la sociedad civil.

²² Recibe diferentes nombres. Por ejemplo, contract adaptation o contractual gap filling. Con algunos matices, en esencia se trata de lo mismo.

²³ Piénsese por ejemplo en un súbito e inesperado disparo del precio de un insumo esencial del proveedor en un contrato de larga duración.

²⁴ Lo que la literatura económica un ‘incumplimiento eficiente’ (efficient breach). Cuando conviene más pagar las consecuencias del incumplimiento que seguir cumpliendo.

²⁵ Por ejemplo, los Principios sobre Contratos Comerciales de la UNIDROIT (versión 2004) (artículo 6.2.1) y el Restatement of the Law on Contracts, segunda edición, de Estados Unidos (§266). *Rebus sic stantibus* y variantes son contempladas en ciertos derechos (vgr., *hardship* en inglés, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* en alemán, *imprévision* en francés, *eccessiva onerosità sopravvenuta* en italiano). En México, algunos códigos civiles lo contienen. Por ejemplo, el artículo 2147 del Código Civil de Coahuila y, más recientemente, los artículos 1796 bis y 1796 Ter de Código Civil para el Distrito Federal.

²⁶ Jurídicamente, estabilidad contractual y por ende seguridad jurídica. Económicamente, la distribución de riesgos.

²⁷ Artículo 2111 del Código Civil Federal.

²⁸ Otros ejemplos lo son los de larga duración, los complejos, los que versan sobre áreas reguladas, y la contratación gubernamental de largo plazo que exige inversiones cuantiosas iniciales por el contratista (vgr., materia energética).

²⁹ Admito que un Talón de Aquiles del argumento es la existencia de seguros.

³⁰ Recientemente fue utilizada en la controversia familiar que motivó este ensayo.

³¹ Después de todo, la experiencia enseña que ligarse contractualmente con una parte jurídicamente estrangulada tarde o temprano impacta a ambos. Sea mora, incumplimiento, rescisión, litigio, etcétera, la relación no se sigue tranquilamente. Ello genera costos transaccionales que nunca son totalmente sufragados por sólo una de las partes.

ARBITRAJE EN DERECHO INTERNACIONAL de la actividad ultraterrestre

Por Julio Daniel Carvajal Smith

Julio Daniel Carvajal Smith

Licenciado en Derecho y Especialista en Derecho Internacional por la Universidad Nacional Autónoma de México; excoordinador de la Licenciatura en Derecho en el Centro Universitario Incarnate Word, en la Ciudad de México.

En el sector público he sido perito en traducción de Inglés en la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, perito en las materias de Derecho Internacional y traducción de Inglés para las Salas Regionales Metropolitanas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa; en la Secretaría de Desarrollo Social Subdirector en el Programa Hábitat-Banco Interamericano de Desarrollo.

He sido profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; en la Universidad Pontificia de México; en el Centro Universitario Incarnate Word; en la Preparatoria N° 1, "GABINO BARREDA" de la Universidad Nacional Autónoma de México; así como en cursos de postgrado en el Cety's Universidad, en Baja California; y en la Universidad La Salle Pachuca. También di curso tanto en la Procuraduría General de Justicia de Jalisco junto con el Instituto Nacional de Ciencias Penales, como en el Consejo de la Judicatura Federal. Algunas de las asignaturas son Derecho Internacional Público y Privado, Régimen Jurídico del Comercio Exterior, Internacionalización del Derecho, Arbitraje Internacional, Tratados y acuerdos comerciales, Controversias Internacionales, Métodos Alternativos de Solución de Controversias.

He participado en diferentes actos académicos, como conferencias en México, Canadá y Japón con temas como Derecho Internacional, Derecho Internacional del Trabajo, Tratados Internacionales y Agencia Espacial Mexicana; como juez en concursos de Derecho en México y E.U.A.

Introducción

La actividad ultraterrestre tiene pocos años de vida pero su crecimiento es trascendente en distintas partes del mundo, muchos estados tienen agencia espacial e incluso ya existe la Estación Espacial Internacional.

El Derecho Ultraterrestre contiene varios documentos internacionales, acuerdos y principios; en los primeros están el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes; Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre; Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales; Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre; Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes.

Algunos de los segundos son la Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre y los Principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones internacionales directas por televisión.

Por otra parte, el Arbitraje como medio para solucionar controversias tiene más uso por quienes pueden tener alguna diferencia jurídica, sea en Derecho Interno o Internacional; los temas en que puede ser incluido son variados, *verbi gratia*, Derecho Mercantil, el ámbito económico de la materia penal, Inversión, Comercio Internacional, entre otros.

También es importante no olvidar que existen diversas instituciones vinculadas a Arbitraje, como la American Arbitration Association, Permanent Court of Arbitration, International Chamber of Commerce y The London Court of International Arbitration¹.

En este breve artículo mi intención es explicar algún vínculo entre el Arbitraje y la actividad ultraterrestre, regulada en distintas convenciones internacionales; preciso con todo respeto que de ser posible por la revista y sus titulares elaboraré otro que complementa éste debido a que el tema presenta la posibilidad de ser más amplio.

¹ Asociación de Arbitraje Americana, Corte Permanente de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional y La Corte de Londres de Arbitraje Internacional. Las traducciones de Inglés a Español son realizadas por el autor de este artículo.

Parte substantiva

En tratados citados podemos encontrar textos que se refieren a responsabilidad, por ejemplo el “Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes” y el “Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes”; pero en mi opinión el más detallado al respecto es el “Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales”.

En el primer documento el Artículo 14 establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes en el presente Acuerdo serán responsables internacionalmente de las actividades nacionales que realicen en la Luna los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, y deberán asegurar que dichas actividades se efectúen en conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo.

Y el Artículo 15 numeral 2 estatuye que *Todo Estado Parte que tenga motivos para creer que otro Estado Parte no cumple las disposiciones que le corresponden con arreglo al presente Acuerdo o que otro Estado Parte vulnera los derechos del primer Estado con arreglo al presente Acuerdo podrá solicitar la celebración de consultas con ese Estado Parte.*

El Estado Parte que reciba dicha solicitud procederá sin demora a celebrar esas consultas.

Todos los Estados Partes que participen en las consultas tratarán de lograr una solución mutuamente aceptable de la controversia y tendrán presentes los derechos e intereses de todos los Estados Partes...

3. Cuando las consultas no permitan llegar a una solución que sea mutuamente aceptable y respete los derechos e intereses de todos los Estados Partes, las partes interesadas tomarán todas las medidas necesarias para resolver la controversia por otros medios pacíficos de su elección adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia.

Cuando surjan dificultades en relación con la iniciación de

consultas o cuando las consultas no permitan llegar a una solución mutuamente aceptable, todo Estado Parte podrá solicitar la asistencia del Secretario General, sin pedir el consentimiento de ningún otro Estado Parte interesado, para resolver la controversia.

El Estado Parte que no mantenga relaciones diplomáticas con otro Estado Parte interesado participará en esas consultas, según prefiera, por sí mismo o por mediación de otro Estado Parte o del Secretario General.

Respecto al segundo documento mencionado en el Artículo VI se lee que *Los Estados Partes en el Tratado serán responsables internacionalmente de las actividades nacionales que realicen en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, los organismos gubernamentales o las entidades no gubernamentales, y deberán asegurar que dichas actividades se efectúen en conformidad con las disposiciones del presente Tratado...*

El artículo 14 citado y el VI del segundo documento coinciden en la Responsabilidad internacional de los estados por sus actividades en el espacio ultraterrestre, cuerpos celestes, pero no especifican cuál será el proceso jurídico referente a dicha responsabilidad, lo que en mi opinión genera incertidumbre e incluso demora en su inicio, ejecución y conclusión.

Por su lado, considero que el artículo 15 del segundo documento incluye la negociación y lo establecido en la Carta de Naciones Unidas para resolver diferencias en el cumplimiento del Derecho Internacional relativo a lo ultraterrestre, que no es equivocado; sin embargo, sí creo que el texto tiene que ser más preciso para determinar los medios de solución de controversias con el objetivo de descartar en lo posible alguna táctica dilatoria.

Ya en el Convenio podemos leer en su Artículo II que *Un Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo* y el Artículo VIII establece lo siguiente:

1. Un Estado que haya sufrido daños, o cuyas personas físicas o morales hayan sufrido daños, podrá presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación por tales daños.

2. Si el Estado de nacionalidad de las personas afectadas no ha presentado una reclamación, otro Estado podrá presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación respecto de daños sufridos en su territorio por cualquier persona física o moral.

3. Si ni el Estado de nacionalidad de las personas afectadas ni el Estado en cuyo territorio se ha producido el daño han presentado una reclamación ni notificado su intención de hacerlo, otro Estado podrá presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación respecto de daños sufridos por sus residentes permanentes.

En este artículo se estipulan varios supuestos y para que el texto sea más claro incluyo mi opinión respecto al numeral 1:

Como medios de reclamación y con base en el artículo considero que los Estados tienen, al menos, dos opciones, 1) instar a la Corte Internacional de Justicia y; 2) iniciar un arbitraje internacional.

En la primera opción el Estado afectado iniciaría un proceso legal en dicha Corte en contra del Estado de lanzamiento por incumplimiento de Derecho Internacional.

En la segunda opción el Estado afectado iniciaría proceso arbitral en contra del Estado de lanzamiento, ámbito público; es adecuado precisar que considero que el texto no incluye arbitraje entre particulares y Estado, sólo entre Estados.

Por su parte el Artículo IX estatuye que *Las reclamaciones de indemnización por daños serán presentadas a un Estado de lanzamiento por vía diplomática. Cuando un Estado no mantenga relaciones diplomáticas con el Estado de lanzamiento, podrá pedir a otro Estado que presente su reclamación a ese Estado de lanzamiento o que de algún otro modo represente sus intereses conforme a este Convenio. También podrá presentar su reclamación por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, siempre que el Estado demandante y el Estado de lanzamiento sean ambos Miembros de las Naciones Unidas.*

De la lectura del texto previo opino que este artículo podría ser más preciso, *verbi gratia*, por un lado existe como posibilidad la negociación, pero por otro permite

que un tercer Estado pueda vincularse con la reclamación del Estado titular de élla sin especificar de qué manera se lograría dicha relación jurídica. En adición, no se expresa, y creo que no sería equivocado, para solucionar controversias el acceso a tribunales internacionales, a la Corte de La Haya o al arbitraje.

Por otro lado, es importante expresar que las instituciones públicas han tenido gran importancia en las actividades ultraterrestres desde su inicio, que no significa que particulares no estén participando o no estén interesados en ser incluidos, lo que me hace pensar que el Arbitraje y otros medios de solución de conflictos pueden ser utilizados entre estos particulares y posiblemente en controversias en que las partes no sean sólo particulares o estados.

Para concluir, opino que las respuestas a preguntas como quién resolvería conflictos entre particulares, entre Estados y particulares, entre Estados, generadas por actividades ultraterrestres; y cómo fortalecer el sistema legal, nacional e internacional, relativo necesitan labor, más intensidad en élla.

Lo anterior debido a que es una materia que necesita y utiliza conocimientos en diversas disciplinas como Ingeniería, Derecho, Matemáticas, Física, Biología; concierne a Derecho, *verbi gratia*, Internacional, Procesal, Propiedad Intelectual, Contratos, entre otros, no son ajenos a quienes estén vinculados a la actividad ultraterrestre.

El Arbitraje, por características propias, es buena opción para solucionar diferencias en la materia objeto de este artículo, pero también se debe incluir la competencia, la información adecuada, en lo ultraterrestre.

Fuentes de información

Artículos

Carbajal Smith, Julio Daniel y Víctor Manuel Velasco Herrera, "Derecho Espacial", Ciencia, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias, Vol. 57, Núm. 1, Enero-Marzo 2006.

Carbajal Smith, Julio Daniel, "Derecho Ultraterrestre", Savia Contemporánea, Política, Sociedad y Cultura; Año 1, número 2, Enero 2011.

Cárdenas Guzmán, Guillermo, "¿De quién es el espacio?", ¿Cómo ves? Revista de Divulgación de la Ciencia de la Universidad Nacional Autónoma de México, Año 10, N° 116.

Bibliografía

Álvarez Hernández, José Luis, "Legislación espacial y exégesis del Tratado de 1967", editorial Porrúa y Facultad de Derecho UNAM, México, 2001.

Derecho Internacional

Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes

Acuerdo sobre el salvamento y devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre

Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre

Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales

Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre

Principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones internacionales directas por televisión

Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.

Electrónicas

http://www.adr.org/aaa/faces/home?_afLoop=1745314011390738&_afWindowMode=0&_afWindowId=xmab8gcuk_334#%40%3F_afWindowId%3Dxmab8gcuk_334%26_afLoop%3D1745314011390738%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dxmab8gcuk_448

<http://www.conida.gob.pe/>

<http://www.iccwbo.org/>

http://www.jaxa.jp/index_e.html

<http://www.lcia.org/>

<http://www.nasa.gov/>

<http://www.oosa.unvienna.org/oosa/SpaceLaw/treaties.html>

<http://www.oosa.unvienna.org/pdf/publications/STSPACE11S.pdf>

<http://www.pca-cpa.org/>

<http://www.spacex.com/>

<http://www.sre.gob.mx/>

<http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

Reportajes

Periódico: El Universal, sección Conciencia, de nombre "Vacío legal...en exploración espacial", 24 de Marzo de 2008.

Tesis

Xochimitl Tlamani, Guillermo, "Análisis jurídico de la Ley de la Agencia Espacial Mexicana", Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM, Agosto 2012.

ARBITRAJE COMERCIAL en China Por Willy Carvajal*

SUMARIO:

[I]. INTRODUCCIÓN.

[II]. Trayectoria del Arbitraje Doméstico en China.

[III]. Tratamiento del Arbitraje Internacional en China.

[IV] Centros Administradores de Arbitraje.

[V] CONCLUSIONES.

I. Introducción

La República Popular de China, el gigante asiático, se ha convertido en una de las principales potencias económicas del orbe lo cual no sólo le ha generado importantes cambios económicos sino también políticos, sociales y legales.

Es importante recordar que todos los efectos que actualmente vivimos producto de dicho crecimiento económico, tienen un antecedente histórico muy cercano: previo a la guerra civil de donde salió victorioso Mao Tse-Tung y la subsecuente revolución cultural entre la década de los años sesenta y setenta, la República de China no era más que un vasto territorio dedicado a actividades primarias y con graves conflictos de cohesión nacional, algunos de los cuales se remontan hasta hoy.

En este contexto, los revolucionarios victoriosos han logrado instaurar y sostener un proceso centralizado del poder, y con cuyo consentimiento, se han realizado importantes reformas al sistema jurídico, especialmente en materia de arbitraje.

El presente artículo tiene como propósito traer al lector un acercamiento histórico de cómo ha sido dicho proceso y conocer cuáles son los principios que inspiran su sistema arbitral. Para ello, se realizará un recuento de las principales normas promulgadas por el Partido Comunista en los últimos sesenta años y se concluirá con una aproximación a la situación actual del país en la materia.

II. Trayectoria del Arbitraje Doméstico en China

En cuanto al arbitraje doméstico, la República Popular China impulsó su desarrollo desde inicios de la década de 1950, consecuentemente, en el siguiente lustro entraron en vigor diferentes regulaciones que establecieron como obligatoriedad, acudir al arbitraje cuando se tratara de asuntos patrimoniales, restándole valor a uno de los principios fundamentales del arbitraje: la autonomía de la voluntad.

Durante todo este periodo y hasta antes de 1995, existían varios centros administradores de arbitraje que resolvían disputas de diversa naturaleza: asuntos comerciales, propiedad intelectual, laborales, entre otros. Dichos centros también debían conocer conflictos independientemente de si las partes eran ciudadanos chinos o extranjeros.

En julio de 1982 entró en vigencia la Ley Comercial China (conocida en inglés como Economic Contract Law). Dicha norma establecía que las partes debían acudir primero a una instancia de mediación y si no alcanzaban un acuerdo, el interesado podía solicitar una conciliación o arbitraje, o bien, acudir directamente a los tribunales de justicia. En caso de que se escogiese el arbitraje y una de las partes se encontrare disconforme con el laudo emitido, podía convertir la acción en judicial dentro del plazo de quince días después de la notificación. Esta situación claramente daba como resultado procesos de interminable duración.

Un año después (1983), el gobierno promulgó una ley titulada “Regulaciones del Arbitraje Comercial en la República Popular de China”, la cual creaba centros especializados de arbitraje, ligados a diferentes instituciones y entidades públicas. En este contexto, se crearon varias instituciones administradoras y, previo a la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje de 1994, ya existían más de treinta centros de esta naturaleza¹. No obstante, este esquema tenía como problema que los centros ligados a instituciones de “bajo nivel” debían sujetarse a las estipulaciones dictadas por los centros de mayor jerarquía, violentándose así el principio de independencia.

Menos de una década después, el 1 de septiembre de 1995, entró en vigencia la Ley de Arbitraje de la República Popular de China² la cual recogió los principios fundamentales del arbitraje que se reconocen hoy a nivel internacional, a saber: autonomía de las partes, independencia del centro administrador y obligatoriedad del laudo arbitral. Como parte de la implementación de la ley, siete ciudades (Beijing, Shanghai, Tianjin, Guangzhou, Xi´ An, Honot y Shenzhen) fueron designadas con un plan piloto para el establecimiento de comisiones de arbitraje doméstico. A partir de ahí, más de 190 centros de arbitraje local se han reorganizado a lo largo de China.

En relación con la independencia del centro administrador, los artículos octavo y décimo cuarto de la citada ley, erradicaron el sistema jerárquico y de intervención administrativa. A su vez, todos aquellos centros que no se adaptaron a los nuevos requerimientos en el plazo de un año, fueron disueltos por efecto de ley, entre ellos, la Comisión Estatal de la Construcción y la Comisión Estatal

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Realizó estudios sobre inversiones en Renmin University of China y sobre negocios internacional en Ole Miss University, Oxford, United States of America. Labora para la Firma Gómez & Galindo Abogados y es asesor legal de la Asociación Bancaria Costarricense.

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Realizó estudios sobre inversiones en Renmin University of China y sobre negocios internacional en Ole Miss University, Oxford, United States of America. Labora para la Firma Gómez & Galindo Abogados y es asesor legal de la Asociación Bancaria Costarricense.

de Ciencia y Tecnología. Por otra parte, las disputas laborales y relacionadas con la agricultura fueron separadas en un sistema propio de arbitraje.

Aún con los importantes avances obtenidos, algunos autores consideran que dicha independencia se ve opacada por medidas proteccionistas locales; el involucramiento de oficiales del gobierno pensionados en los centros de arbitraje, o bien, por la dependencia económica de algunos centros de los fondos que giran los gobiernos locales o el central³. En la actualidad no existe ninguna restricción en cuanto al número de centros y teóricamente, las iniciativas privadas para instaurar un centro arbitral están permitidas.

III. Tratamiento del Arbitraje Internacional en China

Sobre el arbitraje internacional, se tiene como antecedente el Código de Juicio Civil promulgado en marzo de 1982, el cual incluyó un capítulo específico sobre los asuntos nacidos en virtud de un arbitraje internacional y, consecuentemente, en 1986, China suscribió la Convención de New York para el reconocimiento y ejecución de los laudos dictados por un tribunal arbitral internacional⁴.

En cuanto a la reserva de reciprocidad, China únicamente reconoce aquellos laudos dictados en un país miembro de la Convención y en cuanto a la reserva comercial, solamente se ejecutarán los laudos referentes a asuntos comerciales según la ley nacional⁵.

A pesar de que esta convención sirve como un importante parámetro para generar confianza en el sistema judicial chino, especialmente referente a la fase de ejecución de laudos, aún subsiste un recelo importante hacia éste. Para corregir la situación, el gobierno ha promovido y firmado tratados bilaterales para el reconocimiento de laudos extranjeros⁶ y actualmente China cuenta con acuerdos con diferentes naciones, entre ellas: Francia, Polonia, Mongolia, Rumanía, Rusia, Bielorrusia, Cuba y España.

En febrero de 1990, China aprobó y ratificó la Convención de Washington⁷ que reconoce el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y estableció el Centro Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC) como sede oficial para la tramitación de un procedimiento CIADI (en esta misma condición se encuentra el Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong⁸).

En 1991, entró en vigor el Código Procesal Civil de China que reafirma el carácter consensual del arbitraje internacional y destaca que en caso de existir una cláusula arbitral, no se podrá entablar ninguna acción judicial. Resalta además, el carácter final del laudo arbitral y si la parte vencida no cumple con sus obligaciones, se puede entonces acudir a la vía judicial para su correcta ejecución⁹

³Jingzhou Tao "Arbitration Law and Practice in China" Second Edition. Klumer Law International, The Netherlands, 2008, p. 6

⁴Esta ley entró en vigencia el 22 de Abril de 1987.

⁵El 10 de abril de 1987, la Corte Suprema de Justicia de China emitió un pronunciamiento titulado "Notice of the Supreme People's Court Regarding the Implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Acceded to by China".

⁶Keyuan, Zou "China's Legal Reform: Towards the Rule of Law" Brill Academic Publishers, Leiden, NLD, 2006, p. 245

⁷La convención entró en vigencia hasta el 06 de febrero de 1996.

⁸Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

⁹Ferrari, Franco "Conflict of Laws in International Arbitration" Gruyter Sellier. Berlin, DEU, 2010, p. 390

Según el Código Procesal Civil y la Ley de Arbitraje, cuando se pretenda ejecutar un laudo internacional en territorio chino, la Corte del Pueblo únicamente entrará a revisar los aspectos procesales utilizados (debido proceso).

El capítulo séptimo de la ley de Arbitraje de 1994 regula el arbitraje internacional y junto con las versiones de 1994 y 1995 del Reglamento de Arbitraje del CIETAC¹⁰, se inició un giro radical en cuanto a la resolución de disputas de carácter internacional. Como parte de estos cambios, dos pronunciamientos del CIETAC (1996 y 2000) establecieron que los centros de arbitraje domésticos pueden tramitar arbitrajes internacionales y viceversa, siempre que así sea estipulado por las partes¹¹.

En cuanto al sistema judicial, la Corte Suprema de China ha emitido una serie de resoluciones y directrices favoreciendo el arbitraje internacional, particularmente la ejecución de laudos extranjeros. En este sentido, si se desea anular o impedir la inejecución de un laudo, se debe obtener el consentimiento de la Corte Popular Intermedia, la Corte Popular Superior y finalmente, la Corte Suprema de Justicia¹². Por otra parte, este órgano ha venido a llenar los vacíos que tiene la Ley de arbitraje de 1994; por ejemplo, ha interpretado que los laudos civiles o comerciales emitidos por Taiwán son ejecutables en China e igualmente ha resuelto que los pronunciamientos realizados en Hong Kong y Macao son ejecutables en suelo continental¹³.

En el mismo sentido, en el año 2006¹⁴, la Corte Suprema emitió una interpretación de la Ley de Arbitraje de 1994, sentando importantes aportes para el estudio y aplicación del arbitraje tanto doméstico como internacional en este país, entre ellos cabe destacar:

- **Compromiso Arbitral:** La ley china requiere que el compromiso arbitral se encuentre por escrito, sin embargo, la interpretación dada por la Corte Suprema, es que dicho registro puede ser a través de formatos electrónicos, lo cual es consistente con las prácticas internacionales.
- **Arbitrabilidad:** Se indicó por parte del órgano máximo de justicia china que la ley es ambigua al establecer qué disputas pueden ser arbitrables, adoptando una postura abierta para la posibilidad de discutir la interpretación, validez, modificación e incumpliendo contractual, entre otras materias.
- **Designación del centro arbitral:** La Corte Suprema flexibiliza la estipulación legal que señala que el centro de arbitraje debe quedar expresamente designado por las partes (restándole cabida al arbitraje ad hoc) e indicó que siempre que éste pueda ser determinado a partir de las reglas de arbitraje aplicables, el compromiso será válido.
- **Kompetenz-Kompetenz:** En China, la validez del acuerdo arbitral puede ser discutida ante el tribunal arbitral o ante una corte judicial. Así por ejemplo, la nueva Ley Comercial China (1999) señala en su numeral cincuenta y cuatro, que una parte puede solicitar la nulidad de la cláusula arbitral ante los tribunales ordinarios cuando haya existido una clara equivocación en cuanto al

¹¹ Zhu, Sanzhu "Securities Dispute Resolution in China" Ashgate Publishing Group. Abingdon, Oxon, United Kingdom, 2008, p. 245.

¹² Jingzhou Tao "Arbitration Law and Practice in China" Second Edition. Klumer Law International, The Netherlands, 2008, p.19

¹³ En el mismo sentido, en el año 2000 se firmó un convenio entre China continental y Hong Kong en donde se reconoce la ejecución mutua de los arbitrajes. Ver al respecto: Zhu, Sanzhu "Securities Dispute Resolution in China" Ashgate Publishing Group. Abingdon, Oxon, United Kingdom, 2008, pgs. 245-246.

¹⁴ Emitida el 08 de Septiembre del 2006. Ver en este sentido: Liang Yongwen "Judicial Supervision for the validity of Arbitration clause in China" JD Supra Business Advisor. Beijing, China, 2008.

contenido del convenio, o bien, que éste sea evidentemente injusto para una de las partes, lo cual además conlleva una discusión sobre el fondo del asunto. La Corte Suprema Popular ha interpretado que si el tribunal arbitral decide previamente sobre su competencia, el juez no puede pronunciarse.

IV. Centros Administradores de Arbitraje

En Asia existen tres centros internacionalmente reconocidos en donde se disputan la mayoría de los arbitrajes comerciales internacionales, estos son: Comisión Internacional de Arbitraje en asuntos Económico y de Tratado Comercial de China (CIETAC); Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong (HKIAC) y el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC). Una encuesta realizada en el año 2010, indicó que este último es el preferido en el continente, posiblemente por no constituir territorio chino¹⁵.

Tal y como se indicó previamente, el CIETAC y el HKIAC constituyen las sedes oficiales para la tramitación de un procedimiento CIADI en China, convirtiéndolos en consecuencia, en los más importantes a nivel nacional¹⁶.

Estos centros gozan de gran independencia y tienen la capacidad de emitir normas procesales para sí mismos, por ejemplo, en el año 2003, CIETAC emitió una serie de reglas favorables aplicables para disputas arbitrales sobre aspectos financieros, las cuales sólo podían beneficiar a las partes que hubiesen escogido someterse a sus procedimientos¹⁷.

En el año 2008, el CIETAC y el HKIAC firmaron un convenio de cooperación, según el cual, cuando las partes hayan decidido tramitar audiencias en Hong Kong, el HKIAC facilitará sus instalaciones y viceversa, así como intercambio de listas de árbitros y precedentes arbitrales¹⁸, lo cual refuerza una vez más, la independencia de la que gozan estos entes respecto del gobierno.

Sobre el tema procesal, el CIETAC cuenta con su propio reglamento de procedimientos y el HKIAC se rige por las reglas UNCITRAL así como por los principios desarrollados en la Ley de Arbitraje de Inglaterra¹⁹; acorde con su tradición jurídica. No obstante, al compararse las cláusulas modelo de cada uno de los dos centros, no se encontró ninguna diferencia que permita sugerir un mayor grado de seguridad jurídica de una institución sobre la otra.

V. Conclusiones

La República Popular China cuenta con una historia jurídica respecto al arbitraje similar al de muchas otras naciones desarrolladas. Este país ha pasado de una etapa incipiente donde se mezclaban los procesos arbitrales con los judiciales, convirtiendo la resolución de conflictos prácticamente en interminables, a una fase donde se han superado estas restricciones y cuyos principios informadores son en gran parte, similares (sino iguales) a los reconocidos internacionalmente.

Esta tendencia ha sido una conquista de las autoridades gubernamentales chinas quienes han promulgado una serie de leyes internas sobre la materia y han suscrito una serie de tratados multilaterales o bilaterales, entre los que destaca el Convenio CIADI, no obstante, dicho esfuerzo no hubiese sido posible alcanzarlo sin la participación activa de la Corte Suprema Popular China, quien ha emitido una serie de interpretaciones tendientes a generar confianza entre los inversionistas extranjeros.

Existen centros de arbitraje que han venido operando desde hace más de dos décadas y que le otorgan la facultad a las partes de decidir la ley aplicable así como el idioma en el que se cursarán las audiencias; escenario que ha provocado un aumento exponencial y constante del número de arbitrajes tramitados, especialmente por el CIETAC y el HKIAC.

De igual modo, la facilidad para la ejecución de laudos en suelo continental chino provenientes de Hong Kong, Macao e incluso Taiwán, así como las restricciones autoimpuestas por la Corte Suprema de Justicia para anularlos, facilitan la consolidación de seguridad jurídica.

Hong Kong, particularmente por su condición geopolítica y tradición jurídica inglesa, es sin ninguna duda la región china que más desarrollo ha otorgado al arbitraje y en donde se tramitan el mayor número de procesos, existiendo además, una fuerte competencia interna entre varios centros administradores, lo cual enriquece su evolución y confianza para las partes.

No obstante, aún persisten reformas importantes por efectuar, siendo la principal a nuestro criterio, que se le otorgue plena validez y eficacia al principio Kompetenz-Kompetenz a efectos de que no se permita a un juez ordinario decidir sobre la competencia de un tribunal arbitral.

Finalmente, en cuanto al derecho sustantivo, en la medida en que China adopte como normas internas las distintas leyes modelo, esto generará mayor confianza, lo cual se traducirá en un mayor número de arbitrajes comerciales y se disminuirá la necesidad de las partes de tener que acudir a terceras legislaciones para resolver sus disputas, con los costos que ello significa.

¹⁵ Asian Legal Business "The 2010 Choices in International Arbitration" survey. Singapore v Hong Kong: The arbitration battle intensifies" Citado por Frederick A. Acomb: The "Big 3" of Chinese International Arbitration. Diciembre, 2012. Obtenido desde: <http://www.millercanfield.com/resources-320.html>

¹⁶ Fu, Jun "Institutions and Investments: Foreign Direct Investment in China During an Era of Reforms" University of Michigan Press, USA, 2000, p. 70.

¹⁷ James M. Zimmerman y Diarmuid O'Brien "CIETAC. Financial Dispute Arbitration Rules: Practice and Problems". Asian Dispute Review, 2004, p. 66.

¹⁸ Dave Lau "Cooperation Agreement Signed Between CIETAC and HKIAC" White & Case Newsletter, 2008. Obtenido desde: http://www.whitecase.com/idq/spring_2008_8/#.U49tfXJ5PVY

¹⁹ Ashley M. Howlett "China: Arbitration in Asia: An Overview Of The CIETAC, HKIAC, SIAC and UNCITRAL Arbitration Rules" Jones Day, 2012. Obtenido desde: <http://www.mondaq.com/x/211642/Arbitration+Dispute+Resolution/Arbitration+in+Asia+An+Overview+of+the+CIETAC+HKIAC+SIAC+and+UNCITRAL+Arbitration+Rules>

LA EXIGENCIA DE LA BUENA FE comercial en los contratos internacionales

Por Carlos M. Peña Quintana | Estudiante de Derecho
Universidad de Costa Rica A74882

Sinopsis

El presente artículo pretende ser un análisis práctico del concepto de la buena fe en los contratos en general con una visión costarricense y de derecho comparado. Es importante analizar dicho concepto desde el punto de vista comercial y arbitral ya que son dos ámbitos del derecho adonde la buena fe es la raíz de la rama y permiten analizar debidamente el concepto.

Es importante señalar que se hará una revisión inicial del concepto con un acercamiento somero al plano filosófico para poder entablar una base de entendimiento una vez se lleve al plano jurídico de aplicación. Luego se hará un análisis doctrinario en materia jurídica con exposiciones del concepto a nivel internacional. Dejando al final un compendio de algunos criterios jurisprudenciales relevantes en el área del arbitraje comercial internacional ya que se brinda una vitrina para el análisis comparado del concepto de buena fe comercial contractual.

Para el análisis se hará uso de criterios doctrinarios latinoamericanos ya que estos presentan similitudes obvias a nuestro sistema local. Luego se hará un acercamiento a los conceptos esbozados en la normativa de varios países de la región y con sistemas jurídicos iguales al costarricense.

En cuanto al análisis de instrumentos jurídicos internacionales se hará un análisis a la Convención de Naciones Unidas Sobre los Contratos de de Compraventa Internacional de Mercaderías y a los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2010 siendo estos los mecanismos primordiales en materia de contratos a nivel internacional.

Los casos a analizar varían de sede, tanto en el arbitraje local de varios países como lo es Costa Rica o Australia y luego utilizando criterios arbitrales a nivel internacional en casos transfronterizos.

Conceptualización de la Buena Fe Comercial

El concepto de buena fe no es solo un valor necesario en los negocios y en el Derecho en general sino en la vida cotidiana. La sociedad considera que el actuar de buena fe es importante en vista de que debemos de confiar en las otras personas que nos rodean porque si se viviera de manera desconfianza esto hace inoperable el vivir en sociedad. Toda interacción humana requiere de la buena fe ya que se basan en relaciones de confianza.

La Buena fe como Concepto de valor

Es importante llevar el concepto de la “buena fe” a un espacio filosófico y evitar así caer sobre eventuales juegos de palabras o inclusive conceptos erróneos por parte de operadores del Derecho, doctrinarios o estrados (judiciales y arbitrales) a la hora de definir el concepto de la buena fe.

El concepto de la buena fe es el resultado de un juego lingüístico del español llamado sustantivación, adonde un adjetivo (apoyado por otro sustantivo) adquieren características de sustantivo sin serlo.

En aras de evitar caer en un círculo vicioso de juego de palabras es necesario tomar la base de un diccionario como el de la Real Academia Española para poder arrancar de una base socialmente aceptada para poder describir y analizar los dos conceptos. Si bien la definición del concepto como tal no se encuentra en dicho diccionario al menos nos da la base de dos palabras sobre las cuales podemos hacer construcciones lógicas y explicar un concepto que a todas luces ni los mismos operadores del Derecho entienden bien.

Como se dice anteriormente, el concepto de la buena fe parte de dos palabras, el adjetivo bueno y el sustantivo fe. El hecho de usar dentro del concepto una valoración como “bueno” hace que cuando utilicemos el concepto de “buena fe” vayamos implícitamente haciendo un juicio de valor ya que siempre describiremos una actuación apegada o no a la buena fe sin poderlo realmente únicamente describir. Este es un concepto, que al menos a los ojos de este autor, siempre conllevará una valoración, limitando así cualquier juicio de hecho sobre el concepto.

El Diccionario de la Real Academia Española señala el concepto de “bueno” (ya que el “buena” es la versión femenina) como:

1. Que tiene bondad en su género.
2. Útil y a propósito para algo.

Por otro lado el concepto de “fe” se define como:

1. f. En la religión católica, primera de las tres virtudes teologales, asentimiento a la revelación de Dios, propuesta por la Iglesia.
2. f. Conjunto de creencias de una religión.
3. f. Conjunto de creencias de alguien, de un grupo o de una multitud de personas.
4. f. Confianza, buen concepto que se tiene de alguien o de algo.

Estas dos definiciones nos llevan a comprender que al menos desde el punto de vista lingüístico sería entender el actuar de las personas basado en la confianza y creencia del adecuado actuar del otro. Posteriormente los operadores del Derecho señalaran algunas definiciones pero es importante iniciar con una definición neutra del concepto.

Definiciones de la Buena Fe por parte de operadores del Derecho:

El concepto de la buena fe contractual es parte de los principios generales del Derecho, llegando al punto de estar plasmado en Constituciones Política (como es el caso de la República de Colombia) y en todos los códigos normativos base a nivel internacional (Código Civil de Costa Rica, Colombia, España, entre otros) y los códigos mercantiles (Colombia, España, entre otros), llegando al punto que el Código Civil alemán ubicando el principio de buena fe en la cúspide de los principios de los derechos de las obligaciones (Solarte).

A nivel doctrinario existen varios esfuerzos por poder definir el concepto y servir de criterio para los demás operadores del Derecho. Este es el caso del profesor William Tetley (2004) de la Universidad de Mc Gill hace un compendio de varias definiciones que analiza de otros autores y puede resumirse con que es un concepto amorfo y bastante suelto. Cita el profesor Tetley a otros autores que mencionan que el concepto de la buena fe está para ser determinado por abogados y jueces que ejerzan en el área del litigio ya que ahí se analizará casuísticamente el concepto.

Una de las definiciones más completas que aporta este autor es la que él mismo recoge de un autor Powers que señala que la buena fe es una expectativa de cada parte en un contrato de que la otra parte va a actuar honestamente y de manera justa a la hora de ejecutar sus deberes de una manera que es generalmente aceptada en la comunidad mercantil¹.

En un artículo de aproximación el profesor Solarte hace tres distinciones doctrinarias dentro del concepto de buena fe que son importante analizar:

1. La convicción que tiene una persona de que su comportamiento es acorde al Derecho y a las costumbres aceptadas aunque en realidad se encuentre en una actuación antijurídica e irregular. El profesor señala como ejemplo un matrimonio adonde las partes se casan pensando que actúan correctamente pero existen vicios que hacen el matrimonio nulo, por ejemplo un problema con la edad o capacidad de uno de los contrayentes.

2. Cuando se actúa bajo una apariencia jurídica. El ejemplo empleado es cuando una persona compra de una persona que se presume o se cree titular de un derecho y al final lo que tenemos es el famoso caso del adquirente de buena fe de quien no es el dueño.

3. Cuando se actúa con fundamental rectitud y honradez (concepción realmente empleada por Diez Picazo).

Señala el mismo autor que hay dos espacios para la buena fe, uno subjetivo y otro objetivo. En el subjetivo es la conceptualización social que tiene la población de la buena fe. En el ámbito de lo objetivo es la aplicación que hacen los operadores del Derecho del concepto jurídico y el cual finalmente es el interés de analizar por parte de este artículo.

Posterior a varias apreciaciones conceptuales doctrinarias se puede decir que la buena fe conlleva componentes de honestidad, razonabilidad en la actuación y un principio de justicia.

Conceptualización Normativa nacional e internacional de la buena fe:

En Costa Rica el principio de la buena fe en los contratos se plasmó hace muchas décadas en el artículo 21 del Código Civil de Costa Rica, el cual señala que “Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe”

Este artículo es de suma importancia porque señala la base inicial sobre la cual deben negociarse, redactarse, ejecutarse y dirimirse los contratos (y cualquier otro tipo de actuar de las personas) en nuestro país. Esta redacción es muy similar a otros códigos civiles y comerciales regionales.

En otras legislaciones el principio de la buena fe, a diferencia de Costa Rica, es exigido inclusive a nivel constitucional. Es el caso de la República de Colombia, que su Constitución Política señala lo siguiente:

“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Por otro lado, el Código Civil de ese mismo país establece que:

“ARTICULO 1603. <EJECUCION DE BUENA FE>. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

Por su lado el Código de Comercio Colombiano presenta una redacción bastante interesante:

“ARTÍCULO 869. <EJECUCIÓN DE CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTERIOR CON CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA>. La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.

ARTÍCULO 870. <RESOLUCIÓN O TERMINACIÓN POR MORA>. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Por ende se puede entender, desprendiéndose del artículo 869 del Código de Comercio que si los contratos extranjeros que deben de ejecutarse en Colombia requieren necesariamente la aplicación, interpretación y solución en razón de la buena fe. Esto mismo señala posteriormente el artículo 871 del mismo Código que establece la ejecución bajo la buena fe no solo de lo pactado dentro del contrato si no de todas las consecuencias jurídicas que se desprenden del mismo.

Otras leyes en Colombia, como las leyes de contratación administrativa y otras especiales señalan los principios de la buena fe contractual que abarca no solo a entes privados sino a entes públicos (ejemplo de ello son las leyes: Ley 80 de 1993; Art. 5; Art. 24; Art. 25; Art. 28; Art. 51, Ley 962 de 2005, Ley 1448 de 2011, Ley 1481 de 2011).

Por su parte el Código Civil español en el Libro Cuarto señala las obligaciones de las partes en los contratos a hacerlas conforma la buena fe.

“Art. 1258 Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

Por su parte, el Código de Comercio de España señala en lo pertinente:

“Art. 57. Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.”

A nivel de tratados y convenciones internacionales podemos señalar la Convención de Naciones Unidas Sobre los Contratos de de Compraventa Internacional de Mercaderías en el artículo 7 señala:

“1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.”

Inclusive la misma Convención en el acápite de Interpretación de la Convención entre varias cosas señala:

“[...] Para cuando esto ocurra, se amonesta a todas las partes, inclusive los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales, a tener en cuenta su carácter internacional y a promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional [...]”

Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010 señalan que:

“ARTÍCULO 1.7: (Buena fe y lealtad negocial)
(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.”

Otros artículos de los Principios señalan la necesidad de la buena fe, como lo es el artículo 4.8 que menciona que en la integración del contrato debe de tenerse como observancia la buena fe. Adicionalmente, entre las obligaciones implícitas de las partes se tiene el actuar bajo la buena fe, esto en el artículo 5.1.2.

Inclusive los Principios de Unidriot lleva el concepto de la buena fe no solo al plano positivo de la aplicación del mismo, sino que conlleva un aspecto negativo cuando no se aplican y así lo señala los siguientes artículos:

“ARTÍCULO 5.3.3
(Intromisión en el cumplimiento de la condición)
1) Si el cumplimiento de una condición es impedido por una parte en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar la falta de cumplimiento de la condición.
2) Si el cumplimiento de una condición es provocado por una parte en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar el cumplimiento de la condición.”

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Realizó estudios sobre inversiones en Renmin University of China y sobre negocios internacional en Ole Miss University, Oxford, United States of America. Labora para la Firma Gómez & Galindo Abogados y es asesor legal de la Asociación Bancaria Costarricense.

“ARTÍCULO 5.3.4

(Obligación de preservar los derechos)

Antes del cumplimiento de la condición, una parte no puede en violación del deber de actuar de buena fe y lealtad negocial, comportarse de manera tal que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que se cumpla la condición.”

Inclusive la Comisión de Derecho europeo de los contratos bajo la redacción del profesor Ole Lando en el año 2000 en La Haya, Holanda prepararon los Principios Europeos de los Contratos, en dicho documento hay bastantes referencias al requerimiento de la buena fe contractual.

Dentro de los puntos a destacar está el artículo 1:102 en materia de libertad contractual adonde se le requiere a las partes a respetar la buena fe. El concepto de respeto es bastante innovador ya que frente a tal principio no solo debe de aplicarse sino preservarse y respetarse, que si bien para las personas de nuestro continente dicha noción no tiene mayor importancia, en el ambiente angloparlante el concepto de “respect” o preservación tiene una gran connotación.

En estos principios los conceptos de buena fe y justa negociación comparten nivel e interés adonde se les exige a las partes actuar bajo la buena fe y también no pueden, entre ellas, limitarse o eliminarse los principios de la buena fe contractual.

Estos principios llevan a un peldaño más alto el concepto de buena fe contractual que en países europeos y en los Estados Unidos por razones culturales el principio de buena fe es central en sus contrataciones.

Por los anteriores ejemplos vemos que a nivel interno tanto como a nivel internacional es un requisito “sine qua non” para la debida gestión de los contratos.

Importancia de la buena fe en los contratos internacionales La buena fe genera reducción de costos en las transacciones. No se puede anda investigando cada aspecto, si no existiría haría las transacciones poco efectivas y no permitirá las transacciones (William 2004).

Analizar si la buena fe se presume: se debe de presumir porque es un requerimiento legal y ético entre las partes. La buena fe es un requisito en todas las etapas de los negocios internacionales. En las ejecuciones de los contratos e inclusive a nivel arbitral la buena fe es exigida y en caso contraria casi que de manera forzada a las partes por parte de los tribunales arbitrales internacionales.

En un arbitraje en Austria en 1994 una de las partes alegó falta de jurisdicción del tribunal en vista de la falta de la inscripción de una clausula arbitral entre las partes. Durante el arbitraje el tribunal anotó que la parte requerida violó los principios de la buena fe comercial internacional porque durante el periodo de negocios entre las partes se suscribieron 3 contratos de los cuales 2 tenían clausulas arbitrales firmadas por separado, pero que en lo particular del contrato en disputa no existía tal cláusula suscrita.

El tribunal arbitral en esa oportunidad consideró violatorio esta noción de la buena fe porque los requeridos ya conocían desde antes y durante la ejecución del contrato que la otra parte siempre tuvo intenciones de dirimir cualquier conflicto por vía arbitral. Siendo que se aplica la buena fe comercial en adición de un concepto internacional llamado “stoppel” (similar en el español a la teoría de los actos propios) debía de aceptarse la competencia del tribunal y así determinar la falta de buena fe por parte del requerido en su ejecución contractual. (International Arbitral Tribunal of the Federal Economic Chamber, Viena, Austria, 1994, UNILEX, E. 199414, No. SCH4366)

En otras palabras, las partes a nivel internacional deben de actuar de manera uniforme en sus ejecuciones contractuales ya que la normativa internacional considera la homogeneidad y uniformidad de la conducta contractual como parte de los requerimientos de la buena fe en los contratos².

En mayor análisis de casos podemos analizar el caso de ICC International Court of Arbitration, Milano, N° 8908 del 1998, en el presente caso lo relevante a destacar es:

“En particular, con el fin de determinar el alcance del acuerdo de solución, el Tribunal Arbitral aplicó las reglas

de interpretación contenidas en los artículos 1362-1371 del Código Civil italiano, destacando sobre todo el principio de buena fe. En apoyo, se refirieron a las normas contenidas en los artículos 1.7 y 4.1 - 4.8 de los Principios de UNIDROIT.” (Piedra)

En un caso arbitral en Costa Rica, en la Cámara de Comercio se determinó que un cambio unilateral de asesores contables durante un periodo de asesoría se podría interpretar como una violación a la buena fe contractual (Piedra).

Concatena esto con lo señalado por otro tribunal arbitral, en este caso en Rusia, denominado International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation, Russia, 18/2007 del 2008, adonde una empresa que dependía de los servicios de un tercero no pudo cumplir en razón de que el tercero no le cumplió a la primera. Este incumplimiento por parte del requerido se consideró violación a la buena fe ya que el requerido nunca hizo intentos mayores por reducir los daños ocasionados en razón del incumplimiento.

Por otro lado la jurisprudencia internacional *ha sido clara en señalar que la buena fe son actos de fidelidad y honestidad entre las partes, es claro ejemplo de los casos United Group Rail Services Limited v Rail Corporation New South Wales en el caso del tribunal arbitral australiano en un caso doméstico, en el caso de un arbitraje a nivel internacional se analizó de la misma forma en el caso analizado en Inglaterra de Wintershall v Qatar (1990), Mechem Ltd. (England) v S.A. Mines, Minerais et Métaux (MMM) (Belgium) (1982. Inclusive a nivel de derecho public internacional la Corte Internacional de Justicia señaló como principio del Derecho en el caso Border and Transborder Armed Actions Case (ICJ), (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 20 December 1988, ICJ Rep 69, at 105 (1988), que debe de actuarse amparado en la buena fe como concepto jurídico universal.*

Los principios de la buena fe inclusive permean el proceso para dirimir conflictos. El arbitraje según parte de la teoría en la materia es una cuestión contractual, parte del contrato comercial y que debe de respetar también los principios de la buena fe como pilar importante de su motivo de existir, esto se señala en los casos de Pabalk Ticaret Ltd. v Norsolor S.A., Case No. 3131 of 1979, 9 Y.B. Comm.Arb.109 y Oberster Gerichtshof [OGH] [Supreme Court] Nov. 18, 1982, in 9 Y.B que son casos dirimidos en Europa que analizan la aplicación de la ley sustantiva

y si los tribunales arbitrales tienen competencia. Ambos tribunales determinan que en vista de los principios de buena fe toman sus decisiones y esto por cuanto son pilares importantes para juzgar y valorar las actuaciones de las partes y la aplicación normativa al caso.

En reiteración el caso de Abbott Labs.v.Baxter Int’l Inc., Nos.01 C 4809, C 4839, 2002 WL 467147, at *6 (N.D. Ill. Mar. 26, 2002) señala como es que los tribunales arbitrales utilizan la buena fe a veces como último criterio cuando otros no concuerdan con la controversia en aras de dirimir un conflicto. En el caso mencionado una de las partes fue otorgado el fallo en razón de que los árbitros consideraron que la parte sí actuó amparado a la buena fe contractual y por ende le correspondía las pretensiones solicitadas.

En adición a los casos anteriores, es interesante el hecho que entre las convenciones y tratados internacionales existentes, la Convención de Naciones Unidas Sobre los Contratos de de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 presenta la mayor y mejor base de datos de laudos internacionales arbitrales gracias al esfuerzo de Pace University en New York, Estados Unidos. Lo anterior merece análisis cuando analizamos el artículo 7 de la Convención, el cual copiamos anteriormente, pero en el ámbito de la aplicación del artículo 8.3 de la misma convención el cual dice:

“3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular los negocios, cualesquiera prácticas que las partes hubieren establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”

A nivel internacional este artículo 8.3 únicamente puede ser aplicado bajo los principios de la buena fe y es uno de los artículos que mayores conflictos genera a nivel internacional en la parte de ejecución de contratos. Al igual que el concepto mismo de la buena fe este artículo presenta una redacción sumamente ambigua y hasta confusa. Hay varios libros y artículos que hacen referencia a este artículo y sobre lo que una “persona razonable” se refiere, pero se puede resumir en que este concepto es una ejemplificación de que se exige actuar siempre amparado a la buena fe.

De lo anterior es importante destacar algunos casos interesantes. Es el ejemplo del caso dirimido por la Corte Constitucional Colombiana bajo las citas Sentencia

² “Good faith performance has always required the cooperation of one party where it was necessary in order that the other might secure the expected benefits of the contract. And the standard for determining what cooperation was required has always been an objective standard, based on the decency, fairness or reasonableness of the community and not on the individual’s own beliefs as to what might be decent, fair or reasonable. Both common sense and tradition dictate an objective standard for good faith performance.” [E. Allan Farnsworth, Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code, 30 U. CHI. L. REV. 666 (1963)].

C-529/00 bajo referencia de expediente LAT-154, adonde se interpretó que la Convención promueve la interpretación y su aplicación bajo la buena fe. La buena fe señala la Cámara Colombiana no es solo algo que deben de aplicar para las partes privadas sino que los mismos Estados deben de vigilar y proteger dicho concepto en etapas procesales, al punto que el caso de la República de Colombia es un principio constitucional.

En un caso analizado en Estados Unidos, conocido como Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc, se interpretó que una parte no actuaba de buena fe al esconderle información y limitarle la comunicación a la otra cuando la otra la solicitaba.

En un caso analizado en Alemania conocido como el Clay Case se analizó que no prevenir al Comprador de una inconformidad con la entrega y esconderle información sobre el contenido del producto es una violación al principio de la buena fe y por ende condenable como incumplimiento contractual.

Otro tribunal arbitral, recientemente este año, analizó que el no permitir un tiempo adecuado para que una parte pueda analizar los términos en un contrato señalado por la otra es violatorio al artículo 7 de la Convención y por ende a la buena fe. En este caso una empresa le entregó los términos propuesta en la etapa negociada a la otra pero estos conllevaban mucha documentación y términos técnicos complicados y la parte incumplimiento lo que hizo fue no darle suficiente tiempo a la otra para analizarlo.

Adicional a lo anterior en los términos venían definiciones muy ambiguas y difíciles de entender alejados de un razonamiento razonable por la otra parte. En este caso llamado Cereal Case se condenó a la otra parte en razón de actuaciones alejadas a la buena fe contractual.

Conclusión

En resumen, el concepto de buena fe es un concepto bastante maleable y difícil de definir. Esto genera implicaciones negativas a la hora de discutirlo en estados arbitrajes o judiciales en cuanto a la ejecución del contrato, la conducta de las partes y el análisis del comportamiento de las partes. Pero a la vez es un concepto que genera beneficios a todas las partes en razón de que acelera las transacciones, las negociaciones y nos ahorra la cara incertidumbre de la desconfianza.

Bibliografía

- Código Civil de Costa Rica
 Constitución Política de la República de Colombia
 Código Civil de la República de Colombia
 Normativa Colombiana en Materia de Contratación Administrativa: Ley 80 de 1993; Art. 5; Art. 24; Art. 25; Art. 28; Art. 51, Ley 962 de 2005, Ley 1448 de 2011, Ley 1481 de 2011
 Código Civil de España
 Código de Comercio de España
 Convención de Naciones Unidas Sobre los Contratos de de Compraventa Internacional de Mercaderías
 Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010
 DiMatteo & others, International Sales Law, A Critical Analysis of CISG Jurisprudence, Cambridge University Press, 2005
 Martinussen, Roald, Overview of International CISG Sales Law, 2010
 Várady Tibor, International Commercial Arbitration, Third Edition, Thomson West, 2006, USA
 E. Allan Farnsworth, Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code, 30 U. CHI. L. REV. 666 (1963)
 Tetley William, Good Faith in Contract, Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering, McGill University, 2004, <http://tetley.law.mcgill.ca/comparative/goodfaith.pdf>
 Solarte Rodríguez Arturo, LA BUENA FE CONTRACTUAL Y LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult..pdf
 Piedra Poveda Federico, PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL COMERCIAL INTERNACIONAL, http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/05-%20Jurisprudencia%20arbitral%20comercial.pdf
 Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions and National Laws, 3 Tulane Journal of International and Comparative Law (1995) Pags 47-63
 Exploring the Recent Uncertainty Surrounding the Implied Duty of Good Faith in Australian Contract Law: the Duty to Act Reasonably - Its Existence, Ambit and Operation, Paper delivered at the LexisNexis Contract Law Master Class
 24 August 2006, The Hon Justice James Douglas, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/douglas1.html>

Jurisprudencia Arbitral

- Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-529/00; Referencia: expediente LAT-154, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000510c7.html>
 United States 10 May 2002 Federal District Court [New York], Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc., <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>

Germany 26 September 2012 Supreme Court (Clay case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120926g1.html>

Germany 13 February 2013 Appellate Court Naumburg (Cereal case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/130213g1.html>

CBS Corp vrs. Wak Orient Power & Light Ltd 2001

United Group Rail Services Limited v Rail Corporation New South Wales

Wintershall v Qatar (1990), Mechem Ltd. (England) v S.A. Mines, Minerais et Métaux (MMM) (Belgium) (1982)

Border and Transborder Armed Actions Case (ICJ), (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, 20 December 1988, ICJ Rep 69, at 105 (1988)

Pabalk Ticaret Ltd. v. Norsolor! S.A., Case No. 3131 of 1979, 9 Y.B. Comm.Arb.109

Oberster Gerichtshof [OGH] [Supreme Court] Nov. 18, 1982, in 9 Y.B

Shel Oil Co. V Franco Franco CV 2005

Abbott Labs.v.Baxter Int'l Inc.,Nos.01 C 4809, C 4839, 2002 WL 467147, at! *6 (N.D. Ill. Mar. 26, 2002)

ICC Case Nos. 6515 y 6516

First Option of Chicago, INC v Kaplan 1995

Corte Constitucional de Mexico, C-529/00

Hungarian Chamber of Commerce and Industry Court of Arbitration, No. VB/94 124, Nov. 17, 1995

S.r.L. R.C. v BA R.T. [Appellate Court Antwerp], 1997/AR/1554, Jun. 27, 2001

International Arbitral Tribunal of the Federal Economic Chamber, Viena, Austria, 1994, UNILEX, E. 199414, No. SCH4366

International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation, Russia, 18/2007 del 2008

http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=008_Codigo_de_Legislacion_Mercantil

Munir Maniruzzaman, University of Portsmouth,, The Concept of Good Faith in International Investment Disputes – The Arbitrator’s Dilemma, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/04/30/the-concept-of-good-faith-in-international-investment-disputes---the-arbitrator's-dilemma-2/>

BERNARDO M. CREMADES, GOOD FAITH IN INTERNATIONAL ARBITRATION, <http://www.auilr.org/pdf/27/27.4.4.pdf>

APORTES PARA EL ANÁLISIS del arbitraje comercial internacional como proceso en su faz externa e interna

Por Juan Martín Almejún*

SUMARIO:

[1]. INTRODUCCIÓN.

[2]. ANALISIS EXTERNO: VISIÓN CONTEXTUAL Y COYUNTURAL DEL ARBITRAJE.

[I]. El arbitraje como capital necesario para el ejercicio profesional.

[II]. El rol del arbitraje en el mercado global.

[III]. La realidad Argentina en materia de arbitraje.

[3]. ANALISIS INTERNO: LOS ELEMENTOS META-NORMATIVOS DEL PROCESO ARBITRAL.

[IV] El concepto de justicia en el arbitraje.

[V] La legitimidad del árbitro para resolver la controversia.

[VI]. La aplicación y uso del discurso en el arbitraje.

[4]. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Impulsa el presente artículo la intención de efectuar un breve análisis -aplicando el método de investigación exploratorio descriptivo- del arbitraje desde su faz interna y externa, es decir tanto como fenómeno jurídico así como proceso.

El arbitraje es un procedimiento en el cual las partes someten sus controversias a la decisión de uno o varios árbitros que resolverán la misma. Los sujetos en conflicto por medio de su autonomía excluyen a la jurisdicción ordinaria para recurrir a un sistema de solución privado.

El proceso arbitral tiene un sinfín de características que lo hacen altamente interesante para los analistas del *campus jurídico* fundamentalmente por sus particularidades que lo distinguen de otros procesos.

El componente internacional del arbitraje comercial lo vuelve complejo per-se en tanto en algunos casos los sistemas jurídicos y las costumbres de las partes son disímiles pero, no obstante ello, son aquellas quienes tienen el poder de determinar la normativa aplicable y demás elementos que permitirán al árbitro mediante un parámetro delimitado claramente laudar sobre la controversia.

2. ANALISIS EXTERNO: VISIÓN CONTEXTUAL Y COYUNTURAL DEL ARBITRAJE.

I. El arbitraje como capital necesario para el ejercicio profesional.

El abogado ha cumplido a lo largo de la historia del mundo occidental un rol fundamental en una pluralidad de funciones elementales para la vida de la sociedad.

La abogacía juega un papel preponderante en el desempeño de un país, esta situación tiene su raíz, en el caso de nuestro país, en la antigua herencia cultural proveniente de Europa.

Como señalaba **Max Weber**¹, ya desde la Revolución Francesa el abogado ha cumplido el rol de dirigir con eficacia un asunto que los interesados le confían, y en esto, el abogado es superior a cualquier funcionario y ello no es algo menor en tanto se vuelve para el mismo imperante la constante capacitación en aquellas técnicas atinentes a la solución de la gran conflictividad que genera las relaciones e intercambios del hombre.

Dentro de las nuevas competencias necesarias para el abogado, el arbitraje ha sabido ocupar su espacio por sus posibilidades, celeridad y atractivo que ofrece a las empresas y Estados que optan en la actualidad por esta vía para obtener respuestas a sus problemas.

*Finalizó recientemente sus estudios de Abogacía en la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Se desempeña como Auxiliar Docente y Auxiliar de Investigación en la misma casa de estudios. Ha representado a su facultad mediante la participación como orador en la IV, V, VI edición de la Competencia de Arbitraje Comercial Internacional organizada en forma conjunta por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Bogotá.

¹ WEBER, MAX "El político y el científico". Ed. Alianza Editorial. 2005.

II. El rol del arbitraje en el mercado global.

El crecimiento de la actividad comercial que se ha dado en el continente, sumado al rol preponderante de América Latina en un panorama internacional signado por el ascenso de países emergentes ávidos de recursos, servicios y demás ofertas que tienen los países de nuestra región, ha logrado posicionar al arbitraje como un protagonista en la actividad litigiosa comercial. No se puede dudar que el arbitraje es hijo del nuevo orden mundial regido por el sistema de flujo capitalista de los bienes y servicios, donde, la fábrica se ha visto reemplazada por la empresa.

Tal como afirmo **Deleuze**: *“ya no es un capitalismo para la producción, sino para el producto, es decir para la venta y para el mercado. Así, es esencialmente dispersivo, y la fábrica ha cedido su lugar a la empresa (...) Las conquistas de mercado se hacen por temas de control y no ya por formación de disciplina, por fijación de cotizaciones más aún que por baja de costos, por transformación del producto más que por especialización de producción. El servicio de venta se ha convertido en el centro o el alma de la empresa (...)”*².

Ante dicho panorama o con la intención de salvaguardar los intereses de las empresas y el comercio se han puesto a su servicio diferentes entes como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional (ICC en sus siglas en inglés) que es la organización empresarial mundial cuyos fines estatutarios básicos son: *“Actuar a favor de un sistema de comercio e inversiones abierto y crear instrumentos que lo faciliten, con la firme convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países”*³.

De modo que se persigue brindar protección a las empresas de los diferentes países del mundo en lo que confiere a las operaciones comerciales, mediante herramientas e instituciones que integran el sistema tales como la Corte Internacional de Arbitraje, ya que hoy en día existe mayor interdependencia de naciones por lo que sucede en una economía repercute en las demás como efecto de la globalización.

III. La realidad Argentina en materia de arbitraje.

El arbitraje como alternativa ha tenido un crecimiento gradual en nuestro país principalmente por sus evidentes diferencias con proceso judicial local que se caracteriza lamentablemente por su falta de celeridad y en algunos casos de flexibilidad, razón por la cual se ha producido una consideración más enfática por parte de los actores comerciales nacionales en este método.

Para nuestro país el conocimiento de estas técnicas resulta indispensable por su importancia económica en este mundo signado por el flujo comercial donde el arbitraje es cada vez más elegido para resolver las controversias suscitadas entre partes.

En el ámbito académico el proceso arbitral está asomando lentamente como un área de conocimiento específico, pero aún tiene un largo camino por recorrer.

Aún no se ha incorporado en los planes de estudio de las principales Universidades Nacionales esta área temática como materia específica que permita abordar la investigación y aprendizaje

del sistema arbitral, que posee sus propias reglas internas que distan de otras áreas de estudio del derecho privado.

Independientemente de lo dicho hasta aquí, hay profesionales argentinos como **Iriberry** que son claros al pronosticar que todavía estamos lejos de ser el centro moderno de arbitraje que podríamos ser⁴. Por su parte, no es menos cierto que en materia legislativa es necesario dar ciertos pasos en nuestro país para profundizar el conocimiento, difusión y reglamentación del arbitraje.

Como señala **Fernández Arroyo**⁵ tendría que existir en la Argentina una ley de arbitraje internacional que sirva además, como modelo a seguir por las provincias en materia de arbitraje interno. No obstante esta situación se produce por la falta de penetración que ha tenido en la sociedad el conocimiento de este método de resolución de controversias.

Como último dato a tener en consideración, no es un elemento menor afirmar que es necesario un avance en este aspecto en materia profesional puesto que el arbitraje es un potencial campo en nuestro país partiendo de la base, por ejemplo, que Argentina es el país que más juicios enfrenta en Tribunales de Arbitraje como el CIADI⁶ y necesita que sus profesionales estén capacitados para actuar en defensa de nuestros intereses.

3. ANALISIS INTERNO: LOS ELEMENTOS META-NORMATIVOS DEL PROCESO ARBITRAL.

IV. El concepto de justicia en el arbitraje

Dentro del proceso arbitral hay un denominador común que se presenta por el solo hecho de integrar el campus jurídico y es la idea de justicia que se persigue como objetivo final.

Este valor se plantea ante la existencia de intereses en conflicto, y solamente ante la existencia de esos conflictos se manifiesta la justicia como problema. Sin embargo el valor de justicia mismo dista del proceso común en el arbitraje porque lo que se busca es exclusivamente, desde una presentación de elementos facticos la obtención de los beneficios necesarios en el marco de un contrato, memorando o acuerdo principalmente en el que se han sucedido divergencias y las partes persiguen el rédito económico más que salvaguardar cuestiones subjetivas (las cuales no están ausentes ni siquiera aquí). Es decir que el concepto de justicia como ficción jurídica también se encuentra circunscripto y construido por las decisiones de las partes y el criterio racional aplicado por el árbitro quien en algunas oportunidades desconoce las particularidades del concepto de justicia imperante en cada orden jurídico y Estatal existente en el ideal de las partes en controversia y sus nacionalidades, para arribar a una solución que es supra-localista y concluye en un laudo que más que justo se busca sea equitativo y acorde a los sucesos.

² DELEUZE, GILLES: “Posdata sobre las sociedades de control”, en Christian Ferrer (Comp.) “El lenguaje literario”, Tº 2, Ed. Nordan, Montevideo, 1991.

³ Los fines estatutarios de la ICC. Disponible en el sitio web oficial en su versión en español: http://www.iccspain.org/index.php?option=com_content&view=article&id=48&Itemid=53

⁴ IRIBERRI, BERNARDO A. “Lights and Shadows of Commercial Arbitration in Argentina: A Survey of Recent Court Decisions. Publicado en “The Arbitration review of The Americas 2012”. Disponible en <http://www.medyar.org.ar/nota.pdf>

⁵ FERNANDEZ ARROYO, entrevista publicada en revista BA Arbitration Review N° 2 – Junio 2013. Disponible en: http://www.baarbitrationreview.com/Publicaciones/Junio2013/Entrevista_Junio_2013_-_20D_P_Fernandez_Arroyo.pdf

⁶ “Argentina es el país que más juicios enfrenta en el CIADI” nota publicada el 14/10/13 por el DIARIO CLARIN.

V. La legitimidad del árbitro para resolver la controversia.

El arbitraje sólo puede tener lugar si las partes así lo acuerdan. Desde esa premisa es innegable el rol elemental que cumplen las mismas en todas las decisiones que enmarcan el ámbito de acción de los árbitros, quienes son elegidos por las partes dentro de su libertad para decisión.

En palabras de **Grigera Naon** “(...) el desempeño de la misión de los árbitros y su interacción con las partes se desarrollan dentro de los límites del ámbito procesal establecido por las partes, dicho proceso no tiene contactos con el mundo externo de la justicia estatal y está fuera de su radio de acción”.

De modo que para el árbitro, a diferencia de los Jueces, su legitimidad proviene de las partes quienes dotan a éste tercero de la facultad de decidir una solución al problema. Esta característica del árbitro es claramente explicada por Caivano al señalar que: “los árbitros carecen del imperium propio de los magistrados estatales, pero ello no significa un menoscabo a su jurisdicción, ya que el ordenamiento establece la obligación de los jueces de prestarles auxilio. No concede a los árbitros la potestad de ejercer por sí la coerción necesaria para hacer cumplir sus decisiones, pero pone a su disposición el aparato jurisdiccional público a través del cual podrán obtenerla.”

En síntesis, la legitimidad del árbitro proviene pura y exclusiva de los litigantes que le confieren ese rol, de allí la justificación de la legitimidad del árbitro para resolver controversias que en algunos casos afectan intereses públicos muy sensibles que implican una variedad importante de cuestiones.

VI. La aplicación y uso del discurso en el arbitraje.

En materia de discurso, el arbitraje emplea dos aspectos que mezclan la metodología tanto escrita como oral.

La particularidad que tienen las audiencias orales como los escritos arbitrales reside en la utilización de un lenguaje técnico carente de aquellos giros que suelen presentar en los escritos judiciales donde abundan las formalidades. Aquí la costumbre prima sobre la rectitud, y se recurre a una estructura mucho más flexible dentro del marco de extremo respeto que se deben las partes y se le debe a los árbitros que decidirán la cuestión.

El discurso cobra todo su esplendor como esa serie de grandes formas culturales que se remontan desde la antigüedad de la sociedad griega al mundo moderno en la audiencia oral donde se pone en juego el arte de persuadir, de convencer al Tribunal sobre la verdad que se intenta sostener, de obtener la victoria de la verdad aún más, por la verdad¹⁰.

La idoneidad en materia discursiva puede ser elemental en el tipo de procesos orales que se dan en el *campus jurídico* y especialmente en el arbitraje donde se establece una línea divisoria de actores. Es perfectamente aplicable al presente análisis lo señalado por **Boudieu** al referirse al ámbito judicial y la línea de división trazada por la que se divide a aquellos calificados para participar en el juego de aquellos que, aun cuando posiblemente se encuentren en el medio del mismo, se encuentran, de hecho, excluidos por su inhabilidad de llevar a cabo la conversión del espacio mental –y, particularmente, de la postura lingüística-, la cual es presumida al entrar en este espacio social¹¹.

4. CONCLUSION

De todos los elementos expuestos en este artículo no vale más que concluir que aún es largo el camino por recorrer para el crecimiento de la práctica del arbitraje y el estudio de sus componentes que son particularmente especiales en relación a la utilización de los mismos en procesos judiciales ordinarios, razón por la cual, es menester seguir avanzando en futuros análisis de sus elementos internos para conformar una verdadera disciplina de conocimiento y praxis sobre la materia.

⁷ KELSEN HANS, ¿Qué es la Justicia?, Ed. LEVIATAN – Buenos Aires – 1984. p.21.

⁸ GRIGERA NAÓN HORACIO A., ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: NUEVOS Y ANTIGUOS PROBLEMAS. BA Arbitration Review, Edición N°3 – Octubre 2013 pág 4.

⁹ CAIVANO ROQUE J, “El arbitraje: nociones introductorias”. Version online disponible en: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>

¹⁰ FOUCAULT MICHEL (1996), “La verdad y las formas jurídicas”. Ed. Gedisa. Barcelona. Pág.66

¹¹ BOURDIEU, PIERRE (1987); “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, en The Hastings Law Journal , San Francisco, Vol. 38: 805-853

JUNTA DIRECTIVA de la CYA



Andrea Blanco Alfaro, Francisco Montes Fonseca, Mariángel López Calvo, Ana Sáenz Gammas, Andrés Chaves Juárez, Ximena Araya Patiño, José Carlos Escalante Rubí.



Junta Directiva Honduran Young Arbitrators.

CONSEJO Editorial



Braulio Venegas Díjeres, Willy Carvajal Carvajal, Ximena Araya Patiño, Francisco Montes Fonseca, Daniel Rodríguez Maffioli.



CYA ACADÉMICAS
Costa Rican Young Arbitrators

CYA Académica es el departamento de capacitaciones de la Asociación Costa Rican Young Arbitrators.

El principal interés de CYA Académica es desarrollar el conocimiento arbitral en nuestros miembros, tras brindarles capacitaciones del más alto nivel con expositores de renombre nacional e internacional.

CYA se compromete con sus miembros a brindarles experiencias de calidad tanto académicas como sociales con bufetes, entidades, cámaras, universidades y demás instituciones de primer nivel, para así garantizar a los miembros una vivencia real y valiosa en lo que respecta al arbitraje.

Los actuales encargados del departamento son:

Andrea Blanco
Fiscal de CYA

Andrés Chaves
Vocal II de CYA

Más información en nuestra página web: www.cyacr.com

AGRADECIMIENTOS



PACHECO COTO





¿Interesado (a) en publicar un artículo en la Young Arbitration Review?

Los artículos podrán ser escritos tanto por profesionales como estudiantes, asociados como no asociados, nacionales y extranjeros.

El Consejo Editorial recibirá artículos hasta un mes antes de la siguiente publicación, por medio del correo electrónico: info@cyacr.com. En caso de no haber solicitudes de subsanación, se le notificará vía correo electrónico al autor que su artículo ha cumplido los requerimientos y será publicado en la revista.

Requisitos de forma y fondo que deben cumplir los artículos para ser publicados en la revista:

Los requisitos de forma que deberán cumplir los artículos son los siguientes:

- a) Extensión: 5-10 páginas.
- b) Tipo de letra: Cambria.
- c) Tamaño de letra: 12.
- d) Espacio: sencillo.
- e) Formato de citas bibliográficas: se deberán numerar las citas e indicar su procedencia al final del artículo.
- f) Tanto el nombre completo de la persona como su lugar de trabajo, profesión y grado académico deberán ser indicados en la primer cita del artículo.
- g) Idioma: Español o inglés solamente.

Los requisitos de fondo que deben cumplir los artículos son los siguientes:

- a) Contenido actual.
- b) Contenido concreto.
- c) Contenido problematizado.